ITALY.

GIOVANNI BRUNETTI

IL
DIES INCERTUS
NELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

Dies incertus conditionem in testamento facit.
PAPINIANUS, lib. XXXIV *Quaestionum*.

Contributo
alla dottrina del *dies* e della *conditio*.

FIRENZE
STABILIMENTO G. CIVELLI - EDITORE
1893.

IL

DIES INCERTUS

NELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

PARTE PRIMA

Interpretazione della dottrina romana sul dies incertus.

CAPITOLO I.

Preliminari sul dies incertus.

SOMMARIO.

§ 1. *Dies incertus* nel significato ampio. — § 2. Il *dies incertus* e la condizionalità. — § 3. Esame di testi che si riferiscono ai contratti. Le leggi 16, 17, 18 D. *De condictione indebiti*, XII, 6. — § 4. Esame di testi che si riferiscono ai testamenti. — § 5. L'espressione « conditio » comprende qualche volta il *dies incertus*. — § 6. Significato proprio delle espressioni: « dies », « dies certus », « dies incertus ». Il *dies incertus* nelle disposizioni testamentarie.

§ 1.

Il giorno o termine (*dies*) apposto ad un atto giuridico può essere certo o incerto (*certus*, *incertus*).

E l'incertezza può consistere così nel non esser prevedibile *se* il giorno verrà, come nel non esser prevedibile *quando* verrà: può essere incertezza del « se » (*an*) o del « quando » (*quando*), oppure del « se » e del « quando » insieme.

Perciò le diverse combinazioni possibili della fissazione di tempo sono state dagli scrittori riassunte come appresso [1]:

dies certus an, certus quando;
dies certus an, incertus quando;
dies incertus an, certus quando;
dies incertus an, incertus quando.

---

[1] SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. III (trad. SCIALOJA - 1891) § 125, p. 273; DERNBURG, I, § 113 (p. 265); SIMÉON, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts* (1889), § 1, p. 2. § 1.

1

Ed anche, più brevemente, si potrebbero riassumere così:
dies certus (an, quando);
dies incertus (an, quando) [2].

Dal che si rileva che la semplice espressione « dies incertus » può significare così il *dies incertus an (certus, incertus quando)* [3], come il *dies incertus quando (certus an)* [4].

---

[2] La virgola, che abbiamo posto fra l'*an* e il *quando*, ha, nello stesso tempo, significato alternativo e congiuntivo: $\frac{vel}{et}$.

[3] Sembra al BOISTEL (op. cit. p. 7) che il chiamare, come fanno i romani, « dies » quella modalità, che, secondo lui, è una condizione vera e propria, cioè il *dies incertus an*, sia una singolarità non spiegabile logicamente e derivante dall' antico formalismo.

Ma evidentemente egli è fuori di strada. Allorchè io scrivo in un testamento « lego mille a Tizio per *quando* Sempronio prenderà la laurea », e non « *se....* prenderà la laurea », devesi ritenere che io abbia in mira principalmente di rimandare il legato al *giorno* della laurea di Sempronio, piuttosto che di sottoporlo alla eventualità che Sempronio prenda o no la laurea: sebbene, in fatto, esistendo questa duplice eventualità, il legato venga ad essere naturalmente alla medesima subordinato. Il negare quindi che, in un certo senso, io abbia apposto al legato un *dies* è negare l' evidenza, quantunque sia vero che questo *dies*, perchè collegato ad una *conditio*, è *incertus an*, ossia è una specie del genere *dies incertus*.

Del resto la qualifica di « termine » si trova data ad una modalità siffatta anche da moderne legislazioni, non certo viziate di formalismo. Leggasi, fra le altre, il Codice sassone, § 114: « Ist einem Rechtsgeschäft eine « ZEIT beigefügt, von welcher es UNGEWISZ *ist* OB *sie kommen werde*, so « wird dieselbe als Bedingung anzusehen ». E più recentemente, e più chiaramente ancora, è stato scritto nel Progetto di codice civile per l'impero tedesco (1888), al § 143: « Der einem Rechtsgeschäft beigefügte TERMIN, von wel- « chem UNGEWISZ *ist*, OB *er eintreten werde*, ist als Bedingung anzusehen ».

Peraltro ha ragione lo SCHEURL (*Nebenbestimmungen*, § 62, p. 221) quando non ammette che il *dies incertus an* sia propriamente e soltanto da considerarsi come una condizione. Noi crediamo di essere abbastanza esatti dicendo: è una modalità, che, nella *forma* della determinazione di tempo (*dies*), contiene *sostanzialmente* un *dies* ed una *conditio*.

[4] Alcuni autori (tra i moderni DERNBURG, l. c., e III, § 107, N. 7) indicano come *relativa* l' incertezza del *quando*, come *assoluta* quella dell'*an*, e conseguentemente chiamano « termine *relativamente* incerto » il *dies incertus quando*, e « termine *assolutamente* incerto » il *dies incertus an*.

A noi questa nomenclatura non piace.

Se infatti si guarda alla natura dell' incertezza, si vede che, essendo

E realmente in questo primo largo significato è adoperata la frase « dies incertus » dalle fonti e dagli scrittori [5].

---

l' un termine incerto relativamente al « quando », e l' altro relativamente al « se », sono entrambi incerti relativamente.

Se poi si guarda alla natura del *dies*, come *espressione di tempo*, parrebbe piuttosto che quella nomenclàtura si dovesse invertire. Giacchè il *tempo* è *incerto assolutamente* allora soltanto che vi è l' incertezza del « quando ». Nel cosiddetto *dies incertus an*, il *dies* non è incerto in se stesso, e perciò *non è incerto assolutamente*, ma solo in quanto *si riferisce* ad un avvenimento incerto, solo in quanto è collegato ad una *conditio* (v. nota precedente).

Gli scrittori succitati confondono, a quanto sembra, l' incertezza assoluta e relàtiva dell' avvenimento, che designa il *dies*, coll' incertezza assoluta e relativa del *dies*, che è designato dall'avvenimento. Tale confusione è erronea.

Il nostro concetto è subito chiarito con due esempii.

1.° Dies incertus quando : « quando Tizio morrà ». — La *morte di Tizio*, che è l' *avvenimento* designante il termine, è certa in se stessa, ossia assolutamente certa, ed è incerta soltanto relativamente al tempo in cui avverrà. — Ma il *dies*, come modalità apposta all' atto giuridico, ossia come *determinazione di tempo* (« Zeitbestimmung », direbbero i tedeschi — cf. lo stesso Dernburg, l. c.), è *incerto* in se stesso e *assolutamente,* perchè l' incertezza colpisce proprio il tempo. — Dunque il *dies incertus quando,* come termine, è assolutamente incerto.

2.° Dies incertus an : « quando Tizio compirà venticinque anni ». — Il *raggiungimento del venticinquesimo anno di età* da parte di Tizio è un *avvenimento* di per sè stesso, ossia assolutamente, incerto. — Ma il termine (da esso designato), come *espressione di tempo,* è sostanzialmente certo (venticinque anni dalla nascita di Tizio), ed è incerto, come *dies a quo* (giacchè di questo, e non del *dies ad quem,* intendiamo sempre parlare), solo in quanto è collegato alla condizione che Tizio effettivamente arrivi all' età di venticinque anni. Dunque il *dies* che è semplicemente *incertus an,* è incerto solo relativamente. — Ciò è tanto vero, che il termine « quando Tizio compirà venticinque anni », se si considera come non collegato alla condizione che Tizio effettivamente raggiunga l' età di venticinque anni, cessa totalmente di essere un termine incerto, e diviene un *dies certus* (*an et quando*). (V. P. iii, § 53).

Pertanto noi abbandoniamo la distinzione fra « termine *relativamente* incerto » ed « *assolutamente* incerto ». Qualora ci piacesse di adoperarla, dovremmo invertirla.

[5] Il Boistel (o. c., p. 3) asserisce che gli scrittori francesi moderni ignorano questo ampio significato della espressione « dies incertus », cono-

§ 2.

Il termine incerto si distingue dal termine certo, in quanto ha talora carattere ed efficacia di condizione.

Allorchè vi sia l'incertezza dell'*an*, esiste collegata al *dies* una *conditio* vera e propria [1]: quindi il *dies incertus an* (*certus*, *incertus quando*) ha sempre, sia negli atti tra vivi, sia in quelli a causa di morte, carattere condizionale. Peraltro non ci sembrerebbe esatto dire di esso che *facit conditionem:* giacchè non è il *dies* (*incertus*), che produce l'effetto proprio della *conditio*, ma è la stessa *conditio*, che spiega da se medesima la sua naturale efficacia.

Allorchè invece l'incertezza è semplicemente del *quando*, non esiste *conditio* affatto, ma soltanto *dies*. Eppure questa specie di incertezza ha virtù di attribuire al *dies*, nelle disposizioni testamentarie, efficacia condizionale. Il *dies incertus quando* (*certus an*), senza essere una *conditio*, e senza contenerla, ha, *nei testamenti*, lo stesso effetto della condizione: di esso quindi si può dire e si dice benissimo: *conditionem* [*in testamento*] FACIT [2].

---

sciuto invece dagli antichi commentatori e dagli scrittori non francesi (cita: DOMAT, POTHIER, SAVIGNY), ed in essa comprendono soltanto il *dies incertus quando* (*certus an*). Dal che — egli soggiunge — gli scrittori stessi sono indotti ad interpetrare erroneamente il diritto romano, nel senso che sia proprio il *dies incertus quando* quello che *conditionem in testamento facit*.

L'accusa è, prima di tutto, falsa. Il passo del BUFNOIR (*Theorie de la condition*, ch. I, § III, p. 14), citato dallo stesso BOISTEL (p. 9) basta a dimostrare che anche i francesi moderni conoscono perfettamente il largo senso dato dai giureconsulti romani all'espressione *dies incertus*, tanto da comprendervi anche l'incertezza dell'*an*. — È poi in ogni modo affatto irrilevante, perchè, siccome lo stesso BOISTEL (p. 6) mostra di non ignorare, anche DOMAT, POTHIER, SAVIGNY e gli altri interpetrano il diritto romano precisamente nel modo da lui giudicato erroneo. (V. infra).

§ 2. (1) V. sopra § 1 nota 3.

(2) La funzione della condizione, di fronte a quella del semplice termine, è diversa, nei risultati, secondo che trattasi di disposizioni a titolo universale o a titolo particolare. Nelle disposizioni a titolo universale soltanto la condizione è ammissibile, e non il semplice termine: l'una sospende la delazione dell'eredità, l'altro, se apposto, si ha per non scritto. Nelle disposizioni a titolo particolare sono ammissibili ed hanno un effetto sospensivo

Non è il momento di discutere, in questi preliminari, la recente opinione di coloro, che ritengono non potersi dedurre dai testi romani questa parificazione del *dies incertus quando* (*certus an*) alla *conditio* negli effetti sulle disposizioni testamentarie. Tale discussione deve essere, come abbiamo detto, l'obietto precipuo di questa prima parte nel suo complesso. Per ora basti notare che, dai più remoti tempi fino agli ultimissimi anni, gl'interpreti del diritto romano sono stati concordi nel ritenere che il *dies incertus quando certus an* nei testamenti faccia condizione [3].

Abbiamo avvertito che il *dies incertus* si distingue dal *certus* per la sua efficacia condizionale. Da ciò deriva che anche nella nomenclatura, nel qualificare un *dies* siccome *incertus,* si tenga conto soltanto di quella incertezza, che appunto ha virtù di far sorgere la condizionalità.

Ponendo questa osservazione in armonia colle precedenti, s'intende perfettamente perchè tanto le fonti quanto gli scrittori, adoperando l'espressione *dies incertus* in materia di testamenti, le dieno il doppio significato di *dies incertus an* (*certus, incertus quando*) e di *dies incertus quando* (*certus an*), mentre, se l'adoperano in materia

---

tanto la condizione quanto il termine, ma la prima, a differenza del secondo, *impedisce la* TRASMISSIBILITÀ del diritto (nel caso di premorienza del beneficato al suo verificarsi).

Da queste brevi osservazioni, che saranno svolte in seguito, si rileva subito la portata del « facere conditionem », secondo che siamo in tema di istituzion d'erede, oppure di legato o fedecommesso.

[3] Le citazioni non occorrono e, ad ogni modo, si trovano *passim.*, spec. nella P. III. (V. quella del SAVIGNY sopra, nella *Prefazione* p. VI, n. 1). Fra gli autori non citati altrove a questo proposito possiamo aggiungere: FORTI, *Dei legati*, § 234; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* I (4.ª ed. 1882), § 73, N. 11 e 12, (p. 245 e seg.), e III § 554 (p. 268); WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, (6 Aufl. 1887), § 96 *a*, N. 7. (p. 311); DELOGU, *Delle condizioni nei testamenti secondo il diritto romano,* (1878), p. 67. Un buon numero di antichi autori (trattatisti, consulenti, decidenti) si troveranno raccolti nella P. III, § 54, n. 7. — L'affermazione del BRINZ (l. c. N. 16), secondo la quale gli autori antichi avrebbero spesso parificato il *dies incertus quando* al *dies certus,* non è che una strana confusione di concetti. Su di essa è affatto inutile insistere: basta dire che, fra gli autori antichi, il BRINZ cita principalmente l'AVERANI (*Interpretationes iuris*, lib. II, cap, XVI), il quale invece apertamente afferma e spiega la regola *Dies incertus* (*quando*) *conditionem in testamento facit.*

di contratti, vi comprendano di regola solamente il *dies incertus an.* Il *dies incertus quando certus an* è ascritto al genere *dies incertus,* allorchè, nonostante la certezza dell'*an,* è sufficiente l'incertezza del *quando* ad attribuirgli efficacia di condizione: ossia nei testamenti. Ed è invece ascritto al genere *dies certus,* allorchè, data la certezza dell'*an,* non vale da sè l'incertezza del *quando* ad attribuirgli efficacia condizionale, e perciò non vi è nessuna ragione di distinguerlo, nel linguaggio giuridico, dal *dies* assolutamente *certus* (*an et quando*): vale a dire nei contratti.

I moderni oppositori della interpretazione comune della legge di Papiniano hanno creduto di poter dimostrare che l'espressione *dies incertus* non è mai riferita dai giureconsulti romani all'incertezza del *quando,* ma sempre ed unicamente all'incertezza dell'*an*[4]. In merito a tale asserzione avremo da discutere in seguito. Frattanto però ci sembra opportuno rilevare, a guisa di corollario delle osservazioni ora esposte, come, per sostenere l'asserzione medesima, non possano valere certi argomenti, che si vorrebbero trarre da alcuni testi romani riguardanti la materia contrattuale e testamentaria.

§ 3.

Dai testi, che si citano, riflettenti la materia contrattuale resulta quello, che noi abbiamo posto in chiaro poco fa: che cioè, quando sono in tema di contratti, i giureconsulti romani attribuiscono regolarmente all'espressione « dies incertus » soltanto il significato di *dies incertus an,* e non anche quello di *dies incertus quando certus an.* Essendo stata siffatta nomenclatura completamente giustificata colla nessuna importanza, che ha, negli atti tra vivi, l'incertezza del *quando,* l'argomento, che si vorrebbe trarre da essa, ha già ricevuto preventiva risposta.

Nondimeno, fra i suddetti testi, meritano una certa considerazione le ll. 16, 17, 18, D. *De condict. indeb.* XII, 6.[1]

---

[4] Riconoscono in verità (e come farne a meno?) che i testi chiamano « dies incertus » il « quum heres morietur » apposto al legato: ma spiegano ciò con ragioni eccezionali non riflettenti l'incertezza del quando. V. infra cap. III.

§ 3. [1] Il BOISTEL se ne occupa a pp. 8, 12 e poi 15 segg. Le ll. 16 § 1 e 17 sono citate anche dal BRINZ. l. c.

L. 16: — [Pomponius] « Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. § 1. Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur, »

L. 17: — [Ulpianus] « nam si quum moriar dare promisero, et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait; quae sententia vera est.

L. 18: — [Idem] « Quodsi ea conditione debetur, quae omnimodo extitura est, solutum repeti non potest, licet sub alia conditione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit ».

Il Boistel si ferma specialmente sul § 1 della l. 16, ed osserva che se il giureconsulto, a proposito del *dies incertus,* ha detto inammissibile la ripetizione *die existente,* ciò significa, *a contrario,* che egli la ammetteva *die nondum existente,* ossia *die pendente:* ma siccome, prendendo la frase « dies incertus » nel senso di *dies incertus quando certus an,* ciò sarebbe falso (come risulta dalle stesse leggi 17 e 18), bisogna concludere che essa qui è stata usata nel significato esclusivo di una vera condizione espressa col *quum,* ossia di *dies incertus an.*

Un ragionamento simile aveva già fatto il Cujacio [2], ed era pure arrivato a questa prima conclusione, che cioè, stando solamente al testo del § 1, bisognerebbe dare all'espressione *dies incertus* il significato di condizione. Lungi però dal contentarsene, ne aveva tratto un argomento *ab absurdo* per consigliare la correzione del testo.

Infatti — egli dice — a chi legga l'intiera l. 16 (pr. e § 1) manifesto apparisce avere Pomponio voluto costituire un contrapposto fra il *debitum sub conditione* e il *debitum sub die incerto;* il che non sarebbe possibile se « dies incertus » avesse preso nel senso stesso di « conditio ». Questo, avendo riguardo a ciò che precede: se si considera poi ciò che segue, cioè la l. 17, noi vi troviamo — continua il dotto interprete — un esempio (« si quum moriar dare promisero ») di *dies incertus quando certus an,* collegato col § 1 della legge 16 dalla congiunzione « nam » (perchè, per la qual cosa). Dunque il suddetto § 1 — secondo il Cujacio — contiene la regola, di cui il *quum moriar* è l'esempio, ed è perciò necessario concludere che in esso § 1 il giureconsulto « loquitur de *die in-*

[2] *Observationes et emendationes,* xiii, 20.

« *certo, quem tamen venturum esse certum est* ». Ma essendo siffatta conclusione inconciliabile col testo del paragrafo, perchè, rimanendo esso tal qual' è, la frase « dies incerta » dovrebbe invece significar condizione, lo stesso Cujacio, come abbiam detto, ne inferisce che la lezione deve esser corretta, ed invece di « die existente » si deve leggere « *die pendente* vel *die non existente* ». La correzione cujaciana è accettata anche dal POTHIER [3].

Secondo noi, il Boistel ed il Cujacio hanno ragione in quella parte, in cui si trovano d'accordo, nell'affermare cioè che il § 1 della l. 16, così come è scritto, porta a decidere che Pomponio ha in esso riferite le parole « sub die incerta » al *dies incertus an* [4].

Ma quando il Boistel si vuol valere, siccome suole, di questo, che è vero per quella legge, quale argomento a dimostrare esser tale significazione l'unica in uso a riguardo dell'espressione « dies incertus »; e quando oppostamente il Cujacio, ritenendo la significazione medesima inaccettabile, vorrebbe condurci a leggere diversamente il testo, noi dobbiamo dichiarare che, a parer nostro, entrambi vanno al di là di ciò, che concede la logica.

Al che ci induce l'osservazione già fatta, che qui siamo in tema di obbligazioni nascenti da contratto, nelle quali, per una ragione non comune ai testamenti, il *dies* da considerarsi come *incertus* è appunto e soltanto il *dies incertus an*. Quindi l'avere riconosciuto che il giureconsulto ha dato effettivamente il senso di *dies incertus an* all'espressione « sub die incerta », mentre è ben lungi dal consigliarci a correggere la lezione dei manoscritti, non ha daltronde alcuna virtù di persuaderci che in quell'unico, esclusivo significato, sempre, anche nei testamenti, sia dai romani adoperata l'espressione medesima.

Ci sembra poi opportuno il notare come queste due conclusioni, del Cujacio e del Boistel, per opposta guisa esagerate, trovino corrispondenza, ed in parte anche ulteriore spiegazione, nel modo, pure opposto, secondo il quale i due scrittori hanno concepite le relazioni del paragrafo in questione (§ 1 della l. 16) con ciò che precede (pr. della l. 16) e con ciò che segue (l. 17), relazioni che si

---

[3] *Pandectae,* lib. XII, tit. VI, n. 3.

[4] Del resto su questo possiamo dire concordi tutti gli scrittori. Noi abbiamo preferito citare CUJACIO e BOISTEL, siccome quelli che da questo punto comune si son mossi per formulare opinioni sommamente divergenti.

concretano nel significato da darsi respettivamente alle particelle « autem » e « nam ».

Tra il pr. ed il § 1 della l. 16 il Cujacio, come abbiam detto, scorge la *contrapposizione* (« autem » = « invece »); il Boistel piuttosto l'*equivalenza* [5], e dà all'« autem » il significato di *anche*.

Quest' ultimo è più dalla parte del vero, ma non vi è in modo assoluto, perchè verosimilmente il giureconsulto non ha inteso nè di contrapporre nè di equiparare, ma soltanto di enumerare e coordinare. Questo è il vero significato dell'« autem » [6]. Ciò del resto al nostro scopo interessa poco.

Invece è per noi di ben maggiore interesse il considerare l'opposto modo di intendere il rapporto fra la l. 16 e la l. 17 nel concetto dei sovracitati scrittori. Qui si sono invertite le parti. Abbiam veduto come il Cujacio interpreti la particella « nam », colla quale incomincia la l. 17, nel senso di dipendenza, di ravvicinamento fra le due leggi. Il Boistel al contrario le dà il significato di opposizione, quasi che stia a dimostrare l'esistenza di una relazione siffatta fra l'espressione « dies incertus » ed il *giorno della morte di una persona*. Ed anche qui egli, a nostro avviso, ha voluto andar troppo in là: per noi la particella « nam » non indica in questo luogo nè *ravvicinamento*, nè *opposizione*, ma piuttosto *diversità di casi:* non è *congiuntiva* (*causale*), nè *avversativa*, ma semplicemente *discretiva* [7]. Infatti anche le decisioni contenute nelle due leggi non sono « diamétralement opposées », come le giudica il Boistel, ma sono soltanto diverse.

Ecco qual'è stato, secondo noi, l'ordine delle idee, che han seguito i compilatori delle Pandette nel sistemare queste leggi.

Dopo aver parlato, nel principio della l. 16, dell'ammissibilità della *condictio indebiti* a proposito di un' obbligazione *sub conditione,* il legislatore passa nel § 1 a riguardare il debito *sub die incerta,* ed essendo in tema di atti fra vivi, pei quali il termine incerto da considerarsi è soltanto il *dies incertus an,* avrebbe dovuto

---

(5) Cf. anche BUFNOIR, o. c. ch. I, § III (p. 16).

(6) Il SIMÉON, (*Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts,* § 5, p. 14), è perfettamente d'accordo con noi: « Das *autem* . . . . , bezeichnet keine« swegs einen Gegensatz, es dient lediglich dem Zwecke der koordinierenden « Verknüpfung, genau wie das griechische δὲ (*ferner*) ».

(7) « NAM accipitur etiam. . . . pro *autem, vero,* vel alia discretiva par« ticula, et habet vim transeundi ab una re ad aliam » (CALEPINUS).

ripetere quello stesso, che aveva detto per la condizione: affermare cioè la possibilità della *condictio, die pendente*, negarla *die existente*. Sembra però che, a questo punto, siagli sovvenuto l'altro significato, che, in diversa occasione, può essere attribuito all'espressione « dies incertus », e quindi ha formulato la massima in modo che non strida troppo crudamente con esso: si è contentato cioè di negare la ripetizione *die existente* (il che è in tutti i casi vero), lasciando che il resto venga *a contrario* argomentato dal lettore. — Questo concetto del legislatore è infatti meglio spiegato dalla l. 17 seguente, la quale, cominciando col « nam » (= « peraltro ») ed essendo qui posta, ci pare abbia lo scopo di avvertire a non interpretare le parole « sub incerta die » della legge precedente, quasi comprendessero anche il *dies incertus quando certus an*, siccome avviene allorchè si tratta di atti *mortis causa:* poichè, essa nota, allorquando il giorno è certo che verrà, come quello della morte di una persona (« quum moriar »), non soltanto *die existente, non repetitur*, ma neppure *die pendente:* la ripetizione è vietata allora in modo assoluto (« repetere me non posse Celsus ait »). — E giacchè al *dies certus an*, di cui il legislatore è venuto per tal guisa a parlare nella l. 17, corrisponde esattamente, per la sua efficacia negli atti tra vivi, e pel riguardo speciale della ripetizione dell'indebito, la *conditio quae omnimodo extitura est*, è naturale il continuare con un frammento relativo a tale modalità: questo è appunto la l. 18.

È quindi superfluo l'avvertire che, intendendo così il coordinamento logico di queste tre leggi, noi non vediamo la necessità di accettare, quantunque approvato da molti [8], quello che il MOMMSEN nota alla l. 17, che cioè « debuit collocari post l. 18 », mosso certamente anch'egli dal preconcetto che il « nam » debba qui indicare un rapporto di causalità.

In conclusione ed in ogni modo, l'essere l'espressione « dies incertus » nella materia contrattuale adoperata soltanto nel significato di *dies incertus an*, non vuol dire affatto che questo unico significato debba avere anche in tema di testamenti.

§ 4.

Parimente non hanno, per la questione nostra, importanza quei testi relativi alla materia testamentaria, nei quali l'espressione « dies

(8) ARNDTS-SERAFINI, I, § 73, n. 12; SIMÉON, l. c.

incertus » è adoperata nel significato di *dies incertus an*, perchè ciò non toglie che possa anche adoperarsi, come è infatti in altri testi adoperata, nel senso di *dies incertus quando*.

L. 21 pr. D. *Quando dies legat.* XXXVI. 2: — [PAULUS] « Si dies apposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinet, cui datum est; adjecta, quamvis longa sit, si certa est, veluti kalendis januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. At si incerta, quasi quum pubes erit, quum in familiam nupserit, quum magistratum inierit, quum aliquid demum, quod scribendo comprehendere sit commodum, fecerit, nisi tempus conditiove obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest ».

In questa legge — così ragiona il BOISTEL [1] — Paolo esamina le diverse modalità, che possono affettare il legato, dal punto di vista della loro influenza sull'epoca, in cui si produce il *dies cedens*, e, quando arriva al *dies incertus*, cita tutti esempii di *dies incertus an:* questo significa — secondo lui — che l'avvenimento incerto solo per il tempo non era compreso nell'espressione « dies incertus ».

Il ragionamento non regge. Infatti dalla lettura del testo è facile accorgersi che PAOLO non ha affatto preteso di offrire del *dies incertus* una esemplificazione completa, la quale si riferisse a tutte le specie del medesimo: e siccome, in questo caso, egli intendeva adoperare quell'espressione nel suo più esteso significato, gli è venuto naturalmente fatto di accennare esempii appartenenti al *dies incertus an*, come quello che, contenendo una vera condizione, più spesso realmente si riscontra nella pratica.

Del resto la frase, colla quale il giureconsulto termina la serie degli esempii « quum aliquid demum, quod scribendo comprehendere sit commodum, fecerit », non si può affatto escludere che, nella sua generalità, abbracci anche qualche caso di *dies incertus quando certus an:* è chiaro che il « facere » può indicare anche qualche cosa, che sia necessario fare, sebbene si ignori quando verrà fatta.

Finalmente non possiamo a meno di rilevare che l'argomento del Boistel, se avesse un valore, sarebbe a doppio taglio. Egli dice che, fra gli esempii dati da Paolo del *dies incertus*, non se ne trova alcuno, che appartenga alla specie del *dies incertus quando certus*

---

[1] p. 11.

an, e da ciò argomenta che questa specie non faccia parte, secondo il giureconsulto, del genere *dies incertus.* Ebbene noi alla nostra volta osserviamo che esempii di questa specie non ci dà la legge stessa neppur quando parla del genere *dies certus,* poichè troviamo soltanto il « veluti kalendis januariis centesimis », ossia un *dies certus an et quando:* anzi il modo, in cui è posto quel « quamvis longa sit, si certa est » diremmo quasi che fa supporre doversi sempre preveder la lunghezza, affinchè si possa avere un *dies certus.*

Cosicchè, volendo seguire l'argomentazione del Boistel, bisognerebbe per necessità concludere che il *dies incertus quando certus an* non era, secondo i giureconsulti romani, e particolarmente secondo Paolo, nè un *dies certus* nè un *dies incertus,* e che però, quando una modalità di questa specie fosse stata aggiunta ad un legato, non si sarebbe dovuto sapere quel che decidere circa al *dies cedens* del diritto. E davvero sarebbe questa una feconda conclusione!

Un altro testo, al quale i sostenitori della nuova interpretazione attribuiscono capitale importanza, specialmente in quanto — osserva il Boistel [2] — riceve « une porté significative » dal suo ravvicinamento ai testi precedenti, è la l. 30 D. *De legatis et fideicomm. I* [Ulpianus].

In essa si discute circa la comprensività di una clausola testamentaria così concepita:

> « *Quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato* ».

Si tratta dunque di stabilire un criterio per decidere quali sono i legati, a cui è apposto un *dies,* e che per conseguenza sfuggono a questo modo di prestazione per tre frazioni annuali. Che dire a proposito dei legati, a cui è apposta una condizione? A tale domanda risponde Ulpiano nel § 4 di detta legge:

> « Sed et si sub conditione sit legatum relictum, potest dici cessare annuam adjectionem, *quia dies incertus appellatur conditio* ».

Ora il Boistel fa consistere tutto il suo argomentare da questo passo in un cavillo, che ha per base quella parola « appellatur ». Egli pretende che con essa il giureconsulto abbia voluto significare un rapporto di perfetta sinonimia tra l'espressione « dies incertus » e

---

(2) l. c.

l'espressione « conditio » [3]. Altrimenti — domanda — perchè mai avrebbe detto che la condizione è *chiamata* termine incerto? [4] Perchè non avrebbe usata un'altra frase, p. es. « dies incertus inest conditioni »?

Ma con ciò, oltre tutto, egli mostra di non accorgersi che, se il giureconsulto avesse usato questo o altro simile modo di dire, diverso da quello adoperato, ammesso pure che fosse stato nel vero, non avrebbe però dato un conveniente motivo della propria decisione. Qui non si trattava già di giudicare intorno alla sostanza, al contenuto della condizione dal punto di vista dommatico, ma si voleva sapere se il testatore, usando la parola « dies », avesse inteso comprendervi anche le condizioni; la questione era di parole e non di sostanza; il rapporto che si cercava fra il *dies* e la *conditio* non era essenziale, ma semplicemente verbale (quantunque fondato per avventura sul rapporto essenziale). Se Ulpiano avesse detto « dies incertus inest conditioni » avrebbe formulato un domma: dicendo invece « quia *conditio* APPELLATUR *dies* incertus » ha dato una ragione d'interpretazione, della quale appunto, e non d'altro, si sentiva in questo caso il bisogno.

Nè il giureconsulto, coll'affermare che la *conditio* è chiamata anche *dies incertus*, è venuto in nessuna maniera a negare implicitamente, siccome pensa il Boistel, che la qualifica « dies incertus » sia applicabile anche ad altre modalità, e precisamente al *dies incertus quando*.

§ 5.

La *conditio* qualche volta è qualificata « dies incertus ». Questa, secondo ciò che abbiamo detto nel paragrafo precedente, la proposizione espressa nella l. 30 *De leg. I*, e non l'inversa.

Ma pure, aggiungiamo ora a complemento, anche l'inversa è vera.

---

[3] Se così fosse, si capisce che « dies incertus » non potrebbe voler dire altro che *dies incertus an.* Per dimostrare l'assurdità di questa pretesa sinonimia, ricordiamo che nemmeno *dies incertus an* e *conditio* sono perfettamente sinonimi (V. sopra § 1, p. 2, n. 3).

[4] Nel dare questo senso, e non l'inverso alla proposizione « dies incertus appellatur conditio » tutti gl'interpetri sono concordi, e non potrebbe esser diversamente. (V. infra il § 5).

L'espressione « dies incertus », come resulta dalle osservazioni già fatte, rappresenta una modalità con effetto condizionale, dipenda questa dall' incertezza dell' *an* o da quella del *quando*. È naturale quindi che l'atto *sub die incerto* si qualifichi anche come atto *sub conditione*, e il *dies incertus* come *conditio*. Vedansi per esempio:

L. 104 § 6 D. *De leg. I*[1].

L. 45 § 1 D. *De leg. II*[2].

§ 6.

Fin qui abbiamo considerato la parola « dies » in un largo significato, come esprimente cioè un giorno, un termine, che non sempre si può prevedere se verrà, in quanto può essere o no legato ad una condizione.

Peraltro l'espressione « dies » (termine) ha anche un significato più ristretto e più proprio, quello cioè di giorno, che verrà sicuramente, che non è misto in alcun modo a condizione, e che anzi, da questo lato, rappresenta quasi un concetto opposto à quello di *conditio*: ossia il *dies* propriamente è *certus an.*[1]

Ora se nella frase « dies incertus » diamo al sostantivo « dies » questo significato ristretto, evidentemente l' aggettivo « incertus » non può esprimere più che l' incertezza del *quando*[2], e tutta la

§ 5. (1) V. infra § 16, p. 41.

(2) [POMPONIUS]. « Si sub conditione vel ex die certa nobis legatum « sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus, nam nec « pertinet ad nos ante quam dies veniat, vel conditio existat ». In questa legge è anche chiarissimo l'uso promiscuo delle espressioni « dies certus » e « dies certa » (« incertus », « incerta »). (V. SIMÉON, o. c. § 6, p. 34).

§ 6. (1) Cf. ARNDTS-SERAFINI, I, § 73; WINDSCHEID, § 96; SIMÉON o. c. § 1 (p. 2); e le leggi citate infra P. II, § 23.

(2) Poichè il *dies* è di per sè un' espressione di *tempo*, è naturale che il *dies incertus* debba rappresentare l'*incertezza del tempo* (*quando?*), piuttosto che quella dell' evento (*an*). (V. sopra § 1, n. 4, p. 3). — Danno questo significato proprio all' espressione « dies incertus » in generale tutti coloro che in tal senso la intendono adoperata nella legge 75, *De cond.* (V. infra cap. II). Si legge in una recentissima decisione della CASSAZIONE DI PALERMO: « Per aversi un *termine incerto* è indispensabile lo elemento, « che l'avvenimento sia *incerto quando* avvenga, ma sia *certo che* avvenga » (30 dic. 1892 — *Annali della giur. it.*, XXVII (a. 1893), I, 104).

frase acquista un significato ristretto e proprio, che è quello di *dies incertus quando certus an.* Correlativamente l'espressione « dies certus » avrà un significato ristretto di *dies certus an et quando.*

Rammentando però l'osservazione, più volte ripetuta, che la certezza o incertezza del *quando* ha importanza, e quindi è tenuta in conto, di regola, soltanto nei testamenti, si capisce come soltanto nei testamenti l'espressione « dies incertus » regolarmente spieghi questo suo significato proprio di *dies incertus quando certus an* [3].

Riassumendo, il valore della frase « dies incertus », secondo che si adopera in materia contrattuale o testamentaria, nel più largo o nel più ristretto significato, può essere rappresentato come appresso:

DIES INCERTUS =
- *contratti*
  - dies incertus an certus quando
  - dies incertus an incertus quando
- *testamenti*
  - *significato ampio*
    - dies incertus an certus quando
    - dies incertus an incertus quando
    - dies incertus quando certus an
  - *significato proprio*
    - dies incertus quando certus an.

S'intende pertanto chiaramente il perchè, trattando il tema « Il *dies incertus* nelle disposizioni testamentarie », noi intendiamo appunto riferirci al *dies incertus quando certus an,* ossia a quel termine, che certamente verrà, quantunque non si possa stabilire in precedenza quando verrà.

---

[3] Analogamente è da dirsi a proposito dell'espressione « dies certus », la quale nei contratti rappresenta il *dies certus an* (*certus, incertus quando*), nei testamenti il *dies certus an et quando.*

CAPITOLO II.

La regola di Papiniano.

SOMMARIO.

§ 7. La l. 75 D. *De conditionibus et dem.* XXXV. 1. Interpetrazione comune, nel senso che si riferisca al *dies incertus quando.* — § 8. Interpetrazione nuova, nel senso che si riferisca al *dies incertus an.* Si combatte. — § 9. La l. un. § 7 C. *De caducis tollendis,* VI, 51.

§ 7.

Nei *Preliminari* abbiamo affermato che l'espressione « dies incertus », nei testamenti, comprende, oltre l'incertezza dell'*an,* anche quella del *quando,* anzi rappresenta particolarmente e più propriamente quest'ultima. E tale affermazione abbiamo fondato sopra una massima presupposta vera: che cioè il *dies incertus quando* abbia nei testamenti effetto condizionale.

In questo e nei seguenti capitoli ci proponiamo di sciogliere il presupposto, dimostrando appunto la effettiva esistenza di quella massima nel diritto romano: i recenti attacchi, che le sono stati mossi, esigono una difesa, della quale prima d'ora non si era sentito il bisogno.

La regola si è sempre ritenuta formulata da Papiniano nel fr. 75 D. *De cond.* (XXXV, 1), che contiene queste sole parole:

« Dies incertus conditionem in testamento facit [1] ».

---

§ 7. [1] Il Boistel, tutte le volte che riporta la legge di Papiniano (p. e. pp. 1, 13, 21), muta l'ordine delle parole: « Dies incertus in testamento « conditionem facit ».

Lo stesso fa il Ferrini, l. c.

Ora questi autori, correggendo, probabilmente senza accorgersene, la frase di Papiniano, e ponendo il complemento prima dell'oggetto, e questo immediatamente prima del verbo, le hanno dato appunto la costruzione normale della frase latina (Nägelsbach, *Lateinische Stilistik* (1889), II, 1, § 146, p. 584). Invece, molto verosimilmente, il giureconsulto aveva tolto l'espres-

Ed è noto il ragionamento semplicissimo, in virtù del quale si applica a codesta legge la suddetta interpretazione: — Il *dies incertus,* se è *incertus an* (*certus, incertus quando*), equivale sempre, anche nei contratti, ad una condizione. Per conseguenza quel restringere, che fa la legge, ai testamenti (*in testamento*) l'efficacia condizionale del giorno incerto non ha senso alcuno, se non si ammette che, con siffatta espressione, Papiniano, e quindi Giustiniano, intendessero riferirsi a quell'unica specie di giorno incerto che negli atti tra vivi non ha effetto di condizione, vale a dire precisamente al *dies incertus quando certus an* [2] —.

L'argomento *a contrario* trova qui il suo luogo così necessariamente a sostegno dell'interpretazione comune, che gli stessi sostenitori di una interpretazione diversa, non soltanto non si provano ad abbatterlo direttamente, ma nemmeno cercano altri argomenti intrinseci da opporgli.

§ 8.

Oppongono invece argomenti affatto estrinseci.

Il Boistel [1] osserva che contro l'interpretazione comune della legge sta una forte presunzione, perchè della regola, così intesa, nessuno ha saputo dar mai, dal punto di vista razionale, una spiegazione soddisfacente.

A dir vero è questo, anche come argomento di semplice presunzione, e non di prova assoluta, un po' ardito. Infatti ammettiamo pure che una spiegazione razionale della dottrina romana sul *dies incertus,* quale è comunemente esposta, nonostante i tentativi fatti,

---

sione « in testamento » dal suo luogo naturale, e l'aveva collocata fra l'oggetto ed il verbo, ossia in una posizione, nella quale di regola non si trova nessuna parola, proprio per darle maggior risalto ed importanza.

Ciò è notevole, perchè tanto il Boistel quanto il Ferrini hanno appunto disconosciuto, nella interpretazione, l'importanza delle parole « in testamento », ed hanno perfino creduto di poter valutare la portata e l'estensione della legge papinianea come si valuterebbero se quella espressione restrittiva non ci fosse. (V. infr. § 8).

[2] Un altro serio argomento si potrebbe trarre dalla stessa frase « facit conditionem », la quale non è adattabile al *dies incertus an,* mentre si presenta esattissima per il *dies incertus quando.* (V. sopra § 2, p. 4).

[1] § ii in princ., p. 13.

non sia stata data per ora da alcuno. Su ciò facilmente ci troveremo d'accordo col Boistel [2]. Ma dal dir questo al qualificare la dottrina stessa come assolutamente irrazionale [3] corre già un tratto troppo lungo, e che non si può percorrere, col Boistel, di punto in bianco, senza violentare la logica. E quando poi da questa irrazionalità, per tal modo dedotta, si vuole argomentare senz' altro la non esistenza della regola nel diritto romano, allora finalmente dobbiamo dichiarare che, seguendo questa via, sarebbe facil cosa il negare, e conseguentemente il disapplicare qualsivoglia principio più esplicitamente enunciato, non soltanto della legislazione giustinianea, ma di qualunque legislazione positiva [4].

— L' espressione « dies incertus » rappresenta in questa legge il *dies incertus an:* di guisa che la legge stessa viene ad essere non altro che l' applicazione fatta ai testamenti di una regola generale, comune anche ai contratti. — Tale la conclusione dei nuovi interpetri [5].

Per sostenerla, il Boistel [6] aggiunge alla presunzione, di cui

---

(2) V. infra P. II.

(3) Boistel, l. c.: « Il est *impossible* de presenter un motif plausible « de la différence que l'on aurait faite entre le *dies certus* et le *dies in*« *certus* ». V. la *parte seconda* del presente lavoro.

(4) V. P. II, § 29, n. 9.

(5) Il Brinz ed il Ferrini (ll. cc.), per verità, la esprimono in forma alquanto dubitativa. — Il Brinz infatti, paragonando (N. 16) questa l. 75, *De cond.*, colla l. 30, § 4, D. *De leg. I* (v. sopra, § 4, p. 12), dice: « l. 75 « wahrscheinlich, l. 30, § 4 sicher einen *dies incertus* an bedeuten ». Quanto alla l. 30, § 4 noi pure concordiamo che in essa l' espressione « dies incertus » significhi sicuramente (*sicher*) il *dies incertus an*: non concordiamo che lo stesso significato abbia verosimilmente (*wahrscheinlich*) quella espressione nella l. 75. — Il Ferrini scrive poco chiaramente: « Concludendo, io non ho difficoltà ad ammettere la dottrina che oggidì comincia « a farsi strada, per cui i romani avrebbero chiamato *dies incertus* ogni « condizione, che rivestisse le apparenze di un mero termine: il passo papinianeo o si riferisce ad un uso non tecnico della frase « dies incertus », « ovvero s' intende come un' affermazione di questo principio applicata ai « testamenti, di cui ivi Papiniano si occupava ».

Secondo il Dernburg (III, § 107, N. 7), l' espressione « dies incertus » nella legge di Papiniano comprende tanto il *dies incertus an,* quanto il *dies incertus quando* (v. infra § 17, p. 49, n. 5); secondo noi soltanto quest' ultimo.

(6) p. 15.

sopra, un altro argomento pure estrinseco. Ecco come egli ragiona: « Si la régle, dans le sens où on l'entend généralement, est dénuée « de toute explication rationnelle, le texte de la loi 75 *De cond. et* « *dem.*, nous oblige-t-il à lui donner ce sens? Cette loi consiste « en une seule ligne, absolument isolée dans le Digeste, séparée « du reste de l'ouvrage de Papinien, qui aurait pu l'expliquer et « en montrer la portée ». Quindi conclude: « Dès lors, il n'est « démontré que le jurisconsulte ne se bornât pas a faire aux te- « staments l'application d'une règle plus générale, d'une règle « commune à toutes les manifestations de volonté ».

In verità il Boistel, coll'aggiungere quest'ultimo argomento, tratto dalla *brevità* e dall'*isolamento* della legge, per sorreggere la nuova interpretazione, offre forse il mezzo più ovvio per dimostrarne l'inverosimiglianza.

Infatti egli, dal modo in cui ragiona, mostra quasi di credere che queste famose parole del sommo Papiniano, dopo che da lui furono scritte nel libro XXXIV delle « Quaestiones », sieno comparse nel Digesto, ed abbiano formato appunto la legge 75 del titolo « De conditionibus », senza che sia lecito indagare perchè nè da chi vi siano state poste, come se le Pandette venissero da Giustiniano composte a caso, senza alcun criterio nè logico, nè legislativo, strappando dai diversi autori brani informi, ed ammassandoli, non curandosi affatto del senso che venivano ad avere dopo staccati dall'originale contesto. Poichè, se noi non supponiamo nel Boistel un tal preconcetto, se non ammettiamo che, almeno per un momento, egli si sia dimenticato essere stata la scelta, l'adattamento, l'ordinamento dei testi opera di giureconsulti, a cui in realtà sarebbe ingiusto il disconoscere un certo grado di senso giuridico, ma i quali, ad ogni modo, potevano pretendere al possesso del senso comune, se non ammettiamo questa dimenticanza, non sappiamo davvero spiegarci come egli abbia potuto, a sostegno della nuova interpretazione del testo, addurre considerazioni, le quali, lo ripetiamo, una volta negato quel presupposto, sembrano fatte apposta per dimostrarla inammissibile.

Conviene peraltro coordinare l'osservazione che il frammento consiste in una sola linea completamente isolata coll'altra considerazione, che, a proposito della stessa legge, il Boistel ha inserito nel proemio al suo scritto: « Elle a les allures d'une règle EXCEP- « TIONNELLE, la majesté d'un *principe importante* ».

Ora tutto ciò è giustissimo: ma appunto per questo l'opinione

che la legge stessa formuli, *restringendola ai testamenti,* una regola che invece è vera generalmente per tutti i negozii giuridici, è opinione che non si può a meno di dichiarare fin d'ora insostenibile.

Mentre infatti si sarebbe potuto capire che i compilatori delle Pandette, investiti del mandato legislativo, si fossero lasciati, per inavvertenza, sfuggire una simile *restrizione inopportuna* nell'insieme di un lungo frammento, che si riferisse appunto ai testamenti; al contrario riesce assolutamente inconcepibile una svista di tal genere, in una legge brevissima, che sta da sè in un titolo dove si tratta *De conditionibus,* e che soltanto per il suo contenuto vi è stata posta; la quale, precisamente perchè breve ed isolata, acquista la maestà di una massima importante, di guisa che in essa il peso di ciascuna parola deve essere stato tanto maggiormente valutato dal legislatore, quanto minore era il numero delle parole adoperate.

§ 9.

Accanto alla legge di Papiniano, e come espressione e conferma dell'identica regola giuridica, viene dagli scrittori citata la

l. un. § 7 C. *De caducis tollendis,* VI. 51: — [IUSTINIANUS] « Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerta die, expectare oportet conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, quum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit. Quodsi, in medio, is, qui ex testamento lucrum sortitus est decedat, vel, eo superstite, conditio defecerit, hoc, quod ideo non praevaluit, manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est ».

Giustiniano dunque in questo paragrafo si occupa dei legati, dei quali non si può dire, come di quelli « quae pure vel in diem certum relicta fuerint » (§§ 1 e 6) « diem a morte testatoris cedere », e dice che questi altri sono di due specie: *sub conditione* e *sub incerta die.*

Però fra l'enunciazione della prima di queste due modalità e l'enunciazione della seconda inserisce un lungo inciso, mediante il

quale spiega come l' incertezza dell' evento della condizione possa dipendere da varii ordini di fattori, donde appunto hanno origine tre categorie di condizioni. E dal modo, in cui quest' inciso, che separa le due modalità, è posto fra l' una e l' altra, a guisa proprio di grossa linea di confine, si rileva con sicurezza avere Giustiniano inteso di escludere che quelli elementi, da lui enumerati, i quali costituiscono l' incertezza della *conditio,* la costituiscano anche rispetto al *dies incertus.*

Orbene questi elementi sono naturalmente tutti quelli, da cui può dipendere l' incertezza dell' *an:* per conseguenza non è possibile che il legislatore medesimo, colla frase « dies incerta », intenda riferirsi in modo alcuno al *dies incertus an* (*certus, incertus quando*), ed è invece necessario supporre che voglia indicare un *dies certus an,* il quale, pur dovendo in qualche modo essere incerto, non può essere che *incertus quando.*

La quale conclusione è del resto indotta eziandio dalla lettura di tutta la rimanente legge, dove la forma di spiccata contrapposizione, con cui si parla di questo giorno incerto e della condizione, rende effettivamente inconcepibile che nel primo s' intendesse compresa una qualche incertezza del *se,* la quale avrebbe appunto costituito una vera e propria condizione.

CAPITOLO III.

Il legato o fedecommesso relitto per il giorno della morte del gravato.

SOMMARIO.

§ 10. Posizione di questioni. — § 11. Il caso testuale del legato *quum [heres] morietur*. La condizionalità non può spiegarsi con motivi eccezionali. — § 12. Congetture dei nuovi interpetri dirette a spiegare con motivi eccezionali la condizionalità del legato *quum heres morietur*. — § 13. Esame di alcuni testi che si riferiscono al fedecommesso *post mortem [heredis]*.

§ 10.

La regola di Papiniano, intesa nel senso che il *dies incertus quando* (*certus an*) nei testamenti ha effetto condizionale, non è soltanto affermata nella l. 75, ma è applicata a casi speciali in altri, e non pochi, frammenti del Digesto.

I sostenitori della nuova interpetrazione, per negare il principio, debbono negare naturalmente quelle, che sono state ritenute fino ad ora evidenti applicazioni del principio: ed a tale scopo si fondano sopra due proposizioni, l'importanza delle quali è reciprocamente subordinata:

1.ª Nei testi si trova UN SOLO caso di *dies incertus quando certus an*, che può apparire applicazione della regola impugnata: quello del legato *quum heres morietur* dai giureconsulti dichiarato condizionale.

2.ª Per spiegare la condizionalità in questo caso, non è necessario supporre la regola generale che il *dies incertus quando* nei testamenti faccia condizione: vi può essere, e vi è, per esso, una ragione eccezionale.

Prescindiamo, nel presente capitolo, dal discutere la prima di queste due proposizioni: essa contiene un'erronea affermazione di fatto, sulla quale sarà facile tornare quando esamineremo altri esempii

testuali di termine incerto con efficacia condizionale sulle disposizioni testamentarie, diversi da quello della morte dell'erede [1].

Quanto alla seconda, astenendoci per il momento dall'osservare le varie congetture, che si propongono per spiegare con una ragione eccezionale la condizionalità del legato *quum heres morietur*, esaminiamo intanto pregiudizialmente se le decisioni testuali, che lo concernono, si presentino tali da poter essere considerate come soluzioni di un caso specialissimo, motivate da ragioni eccezionali in genere, o non piuttosto di per sè suppongano l'esistenza di quella regola giuridica, che si vorrebbe negare laddove trovasi esplicitamente enunciata.

§ 11.

I frammenti, che si citano come contenenti questo caso, del legato per quando morirà l'erede, sono quattro: l. 12, § 1, D. *De legatis II*, XXXI; ll. 1 e 79, D. *De cond. et dem.* XXXV, 1; l. 4, D. *Quando dies legat.* XXXVI, 2.

Riserbando di riportare gli ultimi due in sede più opportuna [1], ed avvertendo che in essi pure si trova una piena conferma di quello che ora noteremo, stimiamo, per lo scopo nostro immediato, veramente necessario di aver sott'occhio soltanto i due primi.

L. 12, § 1, *De legatis II:* — [PAULUS] « Quod ita legatum est: *heres, quum morietur, Lucio Titio dato decem,* quum INCERTA DIE legatum est, ad heredes legatarii non pertinet, si vivo herede decesserit ».

L. 1, *De cond. et dem.:* — [POMPONIUS] « Legatis, quae relinquuntur, aut dies incertus, aut conditio adscribitur, aut, si nihil horum factum sit, praesentia sunt, nisi si vi ipsa conditio insit. § 1. Quum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est ea debitum iri. § 2. DIES autem INCERTUS est, quum ita scribitur: *heres meus quum morietur, decem dato;* NAM DIEM INCERTUM MORS HABET EIUS, et ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit, quia non

---

[1] V. infra cap. IV, § 16. § 10.

[1] V. infra cap. V, § 17. § 11.

cessit dies vivo eo, QUAMVIS CERTUM FUERIT MORITURUM HEREDEM. § 3. Inest autem conditio legati, veluti quum ita legamus: *quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato,* aut: *fructus qui ex eo fundo, percepti fuerint, heres dato,* aut: *servum* ecc. ».

Quanto alla prima di queste leggi, per evitare inutili ripetizioni, ci contenteremo di averla accennata, giacchè le osservazioni, che potremmo fare su di essa, sarebbero analoghe a quelle, più importanti ed assolutamente decisive, a cui dà occasione la seconda.

In questa Pomponio si propone di riassumere tutta la materia del *quando dies cedat,* ossia della trasmissibilità, nei legati. Per assicurarsene, non occorre che la semplice lettura del proemio: — Ai legati — egli dice — si può apporre o un giorno incerto o una condizione: se non vi è nè l'uno nè l'altra, vale a dire se sono puri e semplici o a giorno certo, il *dies cedit* subito, a meno che non vi sia una condizione tacita od insita. — Nel seguito della legge viene a spiegar meglio il proprio insegnamento. Della *condizione espressa* e del *giorno certo* si contenta di aver notato gli effetti, e non fa casi pratici, essendo queste modalità più comuni e più note; invece definisce, per mezzo di esempii, le altre due figure, ossia il *giorno incerto* (§ 2) e la *condizione tacita* (§ 3).

E come tipo esemplare di legato a termine incerto, egli presenta quello lasciato *quum heres morietur:* in questo caso, siccome il *dies cedit* quando *venit* il giorno della morte dell'erede, se il legatario premuore, non ha mai acquistato un diritto trasmissibile. La ragione, per cui nell'esempio del testo rimane spostata la *cessio diei* precisamente come nel legato sotto condizione, è detta chiaramente dallo stesso giureconsulto: « nam diem incertum mors habet « eius. . . . . quamvis certum fuerit moriturum heredem »: perchè la morte di una persona contiene e designa un termine incerto, nel senso che non si sa quando verrà, sebbene sia certo che, o prima o poi, debba arrivare. Ci sembra che per il famoso frammento papinianeo, inteso come noi lo intendiamo, non potrebbe desiderarsi una illustrazione più bella di quella, che gli hanno dato i compilatori delle Pandette con questo passo di Pomponio, posto per primo nello stesso titolo *De conditionibus.*

Il BOISTEL [2], dopo aver confessato che le obiezioni offerte da

[2] p. 18.

questa legge contro la sua opinione sono sicuramente serie, in modo che il testo medesimo costituisca, secondo lui, l' « argument le plus fort » in favore della dottrina comune, si affatica a sofisticare sul significato delle parole « nam diem incertum mors habet eius ». Egli parte dalla idea che il *dies mortis heredis,* per una ragione singolare, indipendente dalla incertezza del *quando* (3), nei legati faccia condizione, ossia implichi la condizione di sopravvivenza del legatario all' erede. Però, nel suo concetto, il *dies mortis heredis* (4) implica un *dies incertus* AN, in quanto non si può prevedere *se* il legatario *sopravviverà* all' erede, e questo appunto ha voluto dire Pomponio colla frase « diem incertum mors habet eius ».

È inutile che ci fermiamo a discutere il valore filologico ed intrinseco della interpetrazione di queste parole del testo, verso la quale, a dir vero, lo stesso Boistel manifesta una ben scarsa fiducia (5).

È inutile, perchè, quand' anche questo valore fosse dimostrato, rimarrebbe sempre da spiegare come mai Pomponio, dopo aver fatta la teorica completa circa gli effetti delle modalità apposte ai legati, e mentre mostra di voler dare un *esempio formale e tipico* di una di queste modalità, del *dies incertus,* debba esser proprio andato a cercare un *dies,* che — secondo l' opinione nuova — è di per sè *certus* e non *incertus* (perchè è *certus an*), un *dies,* nel quale l' incertezza dell' *an,* che si dovrebbe esemplificare, non è espressa, ma soltanto sarebbe sottintesa per ragioni *particolari.* Nell' esempio di Pomponio, così inteso, volendo prescindere dal considerarlo come un *dies incertus quando,* quale è di fatto chiaramente, si potrà scorgere tutt' al più una *condizione tacita,* modalità, della quale il giu-

---

(3) Vedremo, nel seguente §, quale sia questa ragione secondo il BOISTEL.

(4) Spesso ci accadrà di adoperare, come in questo caso, espressioni latine, che son quasi divenute tecniche nel diritto comune, senza che esattamente risalgano alle fonti romane. Lo notiamo una volta per tutte.

(5) Anch' egli si accorge e confessa che questa interpetrazione è sforzata all' effetto di porre il presente testo in armonia con tutti gli altri, dai quali, a suo dire, è dimostrato che l' espressione « dies incertus » ha soltanto il significato di *dies incertus an.* Naturalmente noi, non ritenendo che il BOISTEL sia riuscito a dimostrare quello che pretende relativamente agli altri testi, non sentiamo neppure la necessità di interpetrare questa legge, e specialmente questo punto di essa, in un senso diverso da quello offerto spontaneamente dalle parole, allo scopo di impedire che essa contraddica, come in realtà contraddice, alla supposta dimostrazione.

reconsulto si occupa poco appresso, ma non davvero un *dies incertus an.*

Intendendo invece l'espressione « dies incertus » nella l. 1 *De conditionibus* nel significato di *dies incertus quando certus an,* tutta la successione delle idee, che ha avuto luogo nella mente del giureconsulto, si vede lucidamente rispecchiata nelle sue parole, e tra queste e la l. 75 dello stesso titolo si scorge quella mirabile corrispondenza, alla quale innanzi accennammo.

§ 12.

Per le considerazioni ora esposte, e per gli argomenti anche più decisivi che vedremo in seguito, dobbiamo negare pregiudizialmente che l' esempio testuale del legato *quum heres morietur,* anzichè contenere l'applicazione tipica della regola « Dies incertus (quando) conditionem in testamento facit », sia invece giustificabile con eccezionali ragioni.

Nondimeno ci piace esaminare in merito le varie congetture, che, dai sostenitori dell' opinione contraria, vengono proposte per spiegare la pretesa eccezionale condizionalità del legato suddetto.

Secondo il Dernburg, siamo dinanzi ad un resto della antica sottile giurisprudenza formulare. Se il *quum heres morietur* non dovesse considerarsi, per gli effetti suoi, come una condizione, ma come un termine, sospenderebbe soltanto l'esecuzione, il pagamento del legato. Ora il momento in cui l' erede, che dovrebbe eseguire, muore, parve — dice il Dernburg — non adatto per essere riguardato come *epoca di pagamento,* e quindi si stimò meglio considerarlo come condizione [1].

Affinchè il ragionamento del Dernburg potesse reggersi in piedi, bisognerebbe che, secondo la teoria comunemente ammessa, ed a cui egli si riferisce, circa gli effetti del termine e della condizione [2], il

§ 12. [1] Dernburg, iii, § 107, n. 8 (p. 214):
« Wir gehen wohl in der Annahme nicht fehl, dasz wir einen Rest
« Alter Formularjurisprudenz und spitzfindiger Worterklärung vor uns haben.
« Man fand der Moment, in welchem der Erbe im Sterben liege, könne nicht
« füglich als *Zahlungszeit* für ihn Angesehen werden, deshalb sei er als Be-
« dingung zu erachten ».

[2] Vedi, in merito a questa teoria, P. ii, §§ 22-24.

pagamento fosse sospeso dal *dies* e non dalla *conditio*. Invece, in ordine a quella dottrina, il *dies* sospende *soltanto* l'esecuzione, e la *conditio, oltre l'esecuzione,* ANCHE l'esistenza del diritto: il verificarsi della condizione segna dunque non solamente il *dies cedit,* ma, a più forte ragione, il *dies venit,* non solo il sorgere del diritto, ma anche l'*epoca del pagamento*. Quindi se, come vuole il Dernburg, il momento in cui l'erede muore non fosse stato reputato adatto quale epoca del pagamento, l'antica giurisprudenza formulare non avrebbe evitato l'inconveniente considerandolo come condizione, anzichè come semplice termine [3].

Il Brinz ed il Boistel, volendo pure con criteri eccezionali giustificare la condizionalità del legato *quum heres morietur,* formulano congetture alquanto meno strane di quella del Dernburg.

Ecco il BRINZ: — Nel *dies quum morietur heres* forse il testatore intende che sia estesa [4] la condizione fondamentale di ogni *mortis causa capio* (che cioè il beneficato sopravviva all'autore) dal rapporto fra sè e l'erede al rapporto fra l'erede e il legatario: come l'erede deve sopravvivere a lui testatore, così deve il legatario sopravvivere all'erede [5]. —

La risposta ci sembra anche qui molto semplice. Il legato, alla pari dell'eredità, è una *mortis causa capio,* e ad esso pure è propria, *di per sè e regolarmente,* senza bisogno di presumere nessuna speciale intenzione del disponente, la condizione della sopravvivenza del beneficato, a colui, dal quale ripete il beneficio. Non ha dunque senso giuridico il supporre che, nel legato *quum morietur heres,* il testatore abbia avuto *eccezionalmente* intenzione di *estendere* dal-

---

(3) Si può muovere un'altra obiezione gravissima alla congettura, davvero singolare, proposta dal DERNBURG. La morte dell'erede gravato trovasi apposta come termine ad un lascito sotto una doppia forma: « quum heres morietur » e « post mortem heredis ». (V. infra § 13 e § 19, n. 1). Ora, se anche ciò, che il DERNBURG dice, valesse a spiegare la condizionalità della prima forma, non spiegherebbe affatto quella della seconda, che pure è ammessa dai testi.

(4) La traduzione letterale del verbo « fortpflanzen », usato dal BRINZ, sarebbe data dal nostro « propagginare ».

(5) BRINZ, III, § 427, N. 16 (p. 407):

« .... im *dies quum morietur heres* aber will der Erblasser vielleicht « die Grundbedingung aller *mortis causa capio* von dem Verhältnisz zwis- « chen ihm und dem Erben auf den Legatar und den Erben fortgepflanzt « haben: wie der Erbe ihn, so soll der Legatar den Erben überleben ».

l'eredità al legato questa condizione propria di ogni *mortis causa capio*. Peraltro, anche di fronte al legatario, è benefattore o autore il *de cujus*, e, per il legatario, come per l'erede gravato, è richiesta, in ogni caso, appunto la sopravvivenza al *de cujus*. Cosicchè in questa specie di legato, a dir vero, non si tratterebbe, come pare intenda il Brinz, di INTRODURRE *eccezionalmente* la *condizione di sopravvivenza*, che è propria delle *mortis causa capiones*, ma di AGGIUNGERE alla condizione di sopravvivenza del beneficato al *disponente*, che in esso pure originariamente si trova, *un'altra* condizione di sopravvivenza, che non ha, e non può avere, riscontro nel rapporto fra testatore ed erede, quella del beneficato al *gravato*. Ed il perchè di questa aggiunta non è certo giustificato dal Brinz.

In altre parole, si capisce che, come l'erede deve sopravvivere al testatore, così il legatario debba sopravvivere allo stesso testatore: il che avviene in tutti i legati; ma non si capisce perchè il legatario debba, nel caso speciale, sopravvivere anche all'erede.

Il BOISTEL [6] si prova a dare questa spiegazione, che il Brinz non dà, e muove, a tal effetto, da una osservazione a proposito delle sostituzioni fidecommissarie.

In queste — egli dice — un carattere, se non essenziale, naturale, almeno, si era quello della restituzione alla morte del fiduciario: e ciò per il desiderio e l'intenzione, che doveva facilmente sorgere nei testatori, *di fare* essi medesimi *il testamento* anche *per il* primo *beneficato*. A lui quindi sembra ovvio che nel fedecommesso *post mortem* [*heredis*] [7], in conformità di tale intenzione, intercedessero tra fiduciario e fidecommissario le medesime relazioni che fra testatore ed erede: e precisamente che il secondo dovesse sopravvivere al primo, affinchè la disposizione avesse effetto.

Ora questa medesima intenzione, di fare il testamento per l'erede, scorge il Boistel nel legato *quum heres morietur*, ed in essa vede la ragione eccezionale, per cui si ritarda il *dies cedens* fino alla morte dell'erede.

---

(6) p. 27.

(7) La ragione, per la quale nelle fonti il *dies mortis heredis* si trova normalmente apposto al legato nella forma « quum [heres] morietur », ed al fedecommesso invece si trova apposto non di rado nella forma « post mortem [heredis] », è semplicemente una ragione storica. Nell'epoca della giurisprudenza classica non si poteva gravare l'erede di un legato *post mortem*, mentre si poteva gravarlo di un fedecommesso. (Vedi infra § 19, n. 1).

Però la base dell' argomento è falsa. Se la restituzione *post mortem* è elemento naturale, in certo modo, del fedecommesso, la ragione non è già la strana vaghezza di fare il testamento per un altro, ma è ben più concreta e più pratica. Nel fedecommesso si deve naturalmente riconoscere la semplice intenzione di beneficare due persone successivamente: ciò posto, se non è determinato quanto tempo per la prima di esse debba durare il benefizio, è spontaneo il presumere che siasi inteso prolungarlo per tutta la vita di lei. La pretesa volontà di adibire a sè la facoltà di testare in luogo del proprio beneficato non ha nulla che fare con tutto ciò, ed in essa pertanto non è possibile riconoscere la ragione, per la quale, nel fedecommesso *post mortem,* deve esser sospeso il *dies cedens* fino alla morte del gravato.

Per il che evidentemente cade anche la conclusione, che, dall' analogia con questa specie di fedecommesso, aveva creduto di poter trarre il Boistel a proposito del legato *quum heres morietur.* Il motivo interno di una tale disposizione è ugualmente chiaro: si vuol beneficare il legatario senza diminuire il benefizio personale dell' erede finchè vive. Ed anzi la probabilità grande che una simile idea sorga nella mente dei testatori, ci spiega la prevalenza dei casi contenenti un *dies mortis heredis,* che nei testi si riscontra, in confronto degli altri esempii di legato a giorno incerto. Questa prevalenza, sbagliata da qualcuno colla unicità assoluta, è stata, come abbiamo visto, l' occasione precipua della nuova erronea dottrina.

Adunque chi ha legato *quum heres morietur* non è stato mosso, nell' apporre questo termine, dal desiderio vago di sostituirsi al proprio erede nella facoltà di testare relativamente a ciò, che è oggetto del legato, ma bensì dalla positiva volontà che il beneficio dell' erede non sia, durante la vita di lui, diminuito dal beneficio del legatario.

Nè, ad ogni modo, si potrebbe qualificare come conseguenza di questa pretesa finzione testamentaria la sospensione del *dies cedens* fino alla morte dell' erede, che sarebbe il finto testatore: poichè alla finzione stessa mancherebbe necessariamente quell' elemento speciale, che, nella realtà corrispondente, è la causa vera di una tal sospensione, vale a dire la possibilità, esistente appunto fino alla morte del testatore, che la disposizione sia revocata.

In conclusione la condizionalità del legato o fedecommesso, a cui è apposto un *dies mortis heredis* non è spiegabile con ragioni

eccezionali: essa presuppone al contrario necessariamente la regola *Dies incertus....*, intesa come noi la intendiamo, e ne rappresenta l' applicazione più comune.

§ 13.

Per vedere, prima di chiudere questo capitolo, qualcuno fra i numerosi esempii testuali del rammentato fedecommesso *post mortem* [*heredis seu gravati*], si possono consultare intanto le ll. 12 [1], 30 C. *De fideicommissis* (VI, 42); 83 D. *De legatis et fideicommissis III* (XXXII). Notiamo anche la l. 87, § 2 D. *De leg. et fideic. II* (XXXI), dove, a proposito di un fedecommesso *quum morietur,* il testatore parla della condizione che il fidecommissario sopravviva al fiduciario, ossia la condizionalità resulta dalle stesse parole del testamento.

Più importante per noi è la l. 57 D. *Ad senatusc. Treb.* (XXXVI, 1), nella quale si recano parecchi esempi del fedecommesso, di cui parliamo, e nel primo fra questi è anche apertamente qualificata la pendenza del *dies mortis* come pendenza di una *conditio.* Leggasi il proemio:

[PAPINIANUS] « *Heredes mei, quidquid ad eos ex hereditate bonisve meis pervenerit, id omne* POST MORTEM *suam restituant patriae meae coloniae Beneventanorum;* nihil de fructibus PENDENTE CONDITIONE perceptis petitum videri constitit ».

Finalmente di somma importanza, per dedurne gli effetti dai giureconsulti romani attribuiti alla clausola *post mortem* aggiunta ad un fedecommesso, è la

l. 11 D. *De leg. et fideicomm. I,* XXX, *in fine:* — [PAPINIANUS] « .... Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam

---

§ 13. [1] A questa l. 12 C. *De fideicommissis* si suol contrapporre, per una questione che non ci occupa, la l. 10 D. *Ad S. C. Treb.* V. ROSSI Aloysius, *Lex X Digestorum ad S. C. Trebellianum cum const. XII Cod. de fideicommissis comparata* (1890). Per la questione ivi discussa, v. anche le due sentenze della Corte d' appello e della Cassazione di Roma, riportate nell' *Archivio giuridico* vol. XXXVII, pp. 251 e segg. In queste, e nelle dotte note che le accompagnano, si parla a lungo del fedecommesso *post mortem,* senza porre in dubbio, naturalmente, il suo carattere condizionale.

quod ad se pervenit ex legato vel hereditate filio relictis restituere, isque vivo patre decedat, omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit ».

Questa legge, la quale ha dato luogo a gravi dispute fra i dottori, fu, con molta chiarezza, nella sua integrità, spiegata dal CUJACIO [2].

Al principio di essa Papiniano aveva detto che, quando si lascia un legato o un' eredità ad un *filiusfamilias,* si può validamente gravare il padre di un fedecommesso [3]. Se il fedecommesso sarà a favore di un estraneo, il padre sarà tenuto alla restituzione *ex persona filii,* ossia *ut heres* (posto che trattisi di *eredità* lasciata al figlio); se invece il fedecommesso sarà a favore del figlio stesso, non potendo questi essere obbligato verso se medesimo, il padre si troverà gravato *ex persona sua, non ut heres, sed ut pater,* ossia come qualunque terzo (non erede), che acquista un beneficio economico per volontà del disponente e che quindi può esser gravato di un fedecommesso. In tale ipotesi il giureconsulto dice anche che *fideicommissum ex persona patris vires capit* o *accipit.*

Nell' ultima parte del testo, da noi trascritta, si fa un' applicazione di questo principio al caso che la restituzione del fedecommesso a vantaggio del figlio, erede o legatario, debba avvenire *dopo la morte* del padre, e che il figlio premuoia al padre. GIULIANO, citato da Papiniano, decide *omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.*

Si tratta dapprima di porre in chiaro la ragione del dubbio, affinchè questa ci aiuti a scoprire il nesso logico che unisce la de-

---

[2] In due luoghi dei Commentarii: *in lib. IX Quaest. Pap.* (vol. IV, p. 885, dell' ed. di Prato), ed *in tit. I de legatis* (VII, 1561).

[3] Ecco le parole della legge, che precedono quelle sopra trascritte: « Quum filiofamilias vel servo alieno legatum vel hereditas datur, fidei « committi patris vel domini potest; ac tunc demum ex persona ipsorum « fideicommissum vires capit, quum ipsis, per quos commodum hereditatis « vel legati patri dominove quaeritur, fideicommissum relinquitur. Denique « Iulianus, non insubtili ratione motus, patrem, cuius filius heres institutus « est, extero quidem habita ratione legis Falcidiae restituere hereditatem, « quoniam ex persona filii teneretur; ipsi vero filio non admissa Falcidia, « quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset, ac pater non ut « heres, sed ut pater rogari videretur. Et ideo *ecc.* »

cisione col motivo allegatone. A tale scopo il Cujacio comincia molto opportunamente dall'osservare che « hoc fideicommissum *conditionale* est, *quia* SUB DIE INCERTO »[4], e quindi « *defecit conditio* « fideicommissi, quoniam mortuus est filius vivo patre, et fuerat « relictum fideicommissum filio *post mortem* patris, *atque adeo sub* « *conditione si superviveret patri,* non praemoreretur »[5]. Essendo dunque mancata la condizione tacita della sopravvivenza del figlio al padre, ossia, giacchè è precisamente lo stesso, non essendo venuto il giorno incerto (la morte del padre) in vita del beneficato (il figlio), il fedecommesso è divenuto caduco. Ma dovrà esso caducarsi a favore del padre o del fisco?

Per intendere il dubbio del giureconsulto, occorre rammentare che al tempo di Papiniano vigevano tuttora le cosiddette leggi caducarie (*lex Julia et Papia*), abolite poi da Giustiniano[6], in forza delle quali ciò che si caducava era devoluto al fisco. Però queste leggi, come elègantemente si esprime il Cujacio[7], « invident lucrum heredi, non aliis personis », colpiscono soltanto quei lasciti, la cui caducità gioverebbe altrimenti all'erede, in quanto ne sia egli medesimo gravato. Ora, nella fattispecie in esame, il padre è gravato *ut heres,* oppure *ut pater* (cioè *ut quilibet*)?

In questa alternativa sta evidentemente la *ratio dubitandi* se al fisco od al padre debba appartenere il fedecommesso in seguito alla premorienza del figlio. E poichè il giureconsulto, per la ragione esposta più sopra, giudica *fideicommissum ex persona patris vires accipere,* ecco che quest' ultima viene ad essere logicamente la *ratio decidendi* in favore della ritenzione paterna.

Se non che recentemente il FERRINI[8], mentre pure qualifica per elegantissima la spiegazione del Cujacio, e la difende dalle altrui obiezioni, ne solleva egli medesimo una che reputa assai grave. Eccone la sostanza: — Papiniano ha detto: « quod ad se

---

(4) VII, 1567.

(5) IV, 892. — Notiamo, fra parentesi, come il CUJACIO nemmeno dubiti che il fedecommesso da eseguirsi *post mortem gravati* sia *condizionale, perchè a giorno incerto,* e come daltronde questa condizionalità rappresenti un presupposto necessario della spiegazione cujaciana, la quale è finora l' unica accettabile riguardo a questa legge.

(6) L. un. C. *De caducis tollendis,* VI, 51.

(7) IV, 893.

(8) *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi sec. il dir. rom.* p. 92.

« pervenit ex legato vel hereditate filio relictis »; non ha parlato dunque soltanto di eredità, ma anche di *legato*. Ora, nel caso di legato, per decidere a favore della ritenzione paterna del fedecommesso, non vi era bisogno di ricorrere al *quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit;* giacchè, se anche il padre fosse obbligato *ex persona filii, ut legatarius* (come avviene quando il fedecommesso è a benefizio di un estraneo), pur nondimeno le leggi caducarie (che *invident lucrum heredi*) non avrebbero potuto colpirlo. —

Quindi — continua il dotto romanista —, ove non si possa trovare altra spiegazione più plausibile di quella del Cujacio, si dovrebbe ammettere che il passo è interpolato, e che le parole « ex legato » non furono scritte da Papiniano. Egli medesimo però giustamente rèputa pericoloso aprire la strada a congetture di tal fatta: cosicchè, stando ai suoi ragionamenti, non si saprebbe assolutamente che cosa concludere.

Ma noi non concordiamo affatto con lui, ed il discorso di Papiniano, così come è, giudichiamo, completando la spiegazione cujaciana, perfettamente logico.

L'obiezione del Ferrini è derivata dal non avere il Cujacio, nè altri per lui, cercato di spiegare chiaramente il valore della espressione « omnimodo »[9]. Non ci sembra difficile il determinarlo.

La fattispecie, come è impostata nel passo trascritto, concerne, è vero, tanto il legato, quanto l'eredità lasciati al figlio.

Perciò, se il fedecommesso non fosse pure a favore del figlio, ma di un estraneo, per decidere fra la ritenzione da parte del gravato e la devoluzione al fisco, bisognerebbe cominciare dall'istituire una *distinzione*. Bisognerebbe cioè distinguere il caso del LEGATO da quello dell'EREDITÀ, poichè il padre, venendo ad esser gravato *ex persona filii,* nel primo caso sarebbe *ut legatarius* e riterrebbe il fedecommesso caducato, nel secondo sarebbe *ut heres* e dovrebbe restituirlo.

---

[9] Secondo la spiegazione data di questa legge dall'ODOFREDO, e che un tempo andava per la maggiore, l'« omnimodo » avrebbe dovuto parafrasarsi così: « tanto che sia, quanto che non sia divenuto *sui iuris* il figlio, pen« dente la condizione (nell'ipotesi: la morte paterna) ». Il CUJACIO, mentre non spiegò particolarmente e chiaramente l'« omnimodo », distrusse colla sua critica la spiegazione odofrediana della legge, cosicchè di questa è ormai superfluo occuparci. V. FERRINI, p. 90.

Invece il fedecommesso è a favore dello stesso figlio: e poichè, appunto per questo, *ex persona patris vires accipit* e non *ex persona filii* (« quoniam fideicommissum ex persona patris vires ac« ceperit »), in ogni caso, IN OGNI MODO (« *omnimodo* »), cioè *senza che abbia luogo la* DISTINZIONE *fra* EREDITÀ *e* LEGATO, fra l'essere il figlio erede o legatario, il padre lo riterrà (« patrem id retenturum »).

Determinata così la virtuale comprensione dell' « omnimodo », in armonia col suo significato letterale, ci sembra, al tempo stesso, completata e chiarita la spiegazione del Cujacio, e tolto qualunque fondamento all' obietto del Ferrini.

CAPITOLO IV.

Altri esempii testuali di disposizioni a termine incerto.

SOMMARIO.

§ 14. Proemio. — § 15. Esempii testuali inopportunamente invocati dai nuovi interpreti. — § 16. Esempii testuali, che contengono genuine applicazioni della regola di Papiniano a casi diversi dal *dies mortis gravati*. Loro decisiva importanza.

§ 14.

Oltre il legato per il giorno della morte del gravato, i testi contengono altri esempii di disposizioni a termine incerto (1).

I nuovi interpreti della legge papinianea si valgono di esempii testuali per sostenere che il *dies incertus* non fa condizione, per confermare quindi che è una eccezionalità il carattere condizionale del *dies mortis gravati*. Noi dimostreremo prima che gli esempii da essi citati non offrono nessun argomento contro l'interpretazione comune della regola di Papiniano; e citeremo poi altri esempii, pure testuali, di disposizioni testamentarie, dove il termine incerto, sebbene non sia il *dies mortis gravati*, ha chiaramente efficacia condizionale. Quest'ultimo sarà argomento decisivo in favore del nostro assunto.

Il *giorno della morte di una persona* sarà sempre l'esempio più notevole e più sicuro del *dies incertus quando certus an*. Per conseguenza, volendo lasciare da parte il *giorno della morte del gravato*, perchè già ne abbiamo discorso, e non dovendo per ora occuparci del *giorno della morte dello stesso onorato* (2), occorre fermare la nostra considerazione sul *giorno della morte del* TERZO.

---

(1) Non abbiamo bisogno di ricordare che quando usiamo, senz'altro, le espressioni « termine incerto » o « dies incertus », di regola intendiamo il *dies incertus quando certus an*. (V. sopra § 6).

(2) V. cap. seg.

A proposito del *dies mortis tertii*, il Boistel [3] afferma:

1.° che « malheuresement les textes sont muets sur cette « hypothese; aucun ne vise l'effet de cette modalité sur le *dies ce-* « *dens,* sur la *transmissibilité* du legs »;

2.° che vi sono al contrario dei testi, i quali, sebbene non concernano direttamente la materia del *dies cedens,* regolano nondimeno, sotto altri punti di vista, la sorte dei legati da eseguirsi alla morte di un terzo, e questi testi trattano assolutamente la suddetta modalità come un termine, e non come una condizione.

La prima asserzione è affatto gratuita, ed è strettamente collegata coll' altra, che il *dies mortis gravati* sia l' unico *dies incertus quando certus an* contemplato dai testi in tema di *dies cedens,* sulla quale già, nel capitolo precedente [4], riserbammo la discussione: in questo capitolo (§ 16) le dimostreremo false entrambe coi testi alla mano.

§ 15.

Riguardo alla seconda affermazione, tra quelle ora riferite, preliminarmente osserviamo che il *dies incertus* nei legati *facit conditionem* solo in quanto sposta la *cessio diei* dalla morte del testatore al giorno stabilito, in quanto impedisce la *trasmissibilità* del legato, ossia fa sorgere la *condizione di sopravvivenza* del legatario: il che è tutt' uno. All' infuori di questo effetto, nessuno ha mai pensato di parificare il *dies incertus* alla *conditio* [1]. Di modo che, se ci sono dei testi, i quali, in materia diversa dalla *cessio diei,* considerano il *dies incertus* qual' è veramente, cioè un *dies,* essi niente dimostrano contro la regola *Dies incertus*. . . . . .

Nondimeno esaminiamoli.

L. 68, §§ 2, 3, D. *De legatis I,* xxx: — [Gaius] « § 2. Si pure legatus servus sub conditione liber esse iussus fuerit, sub contraria conditione valet legatum; et ideo existente conditione legatum perimitur, deficiente ad legatarium pertinebit; et ideo si pendente conditione libertatis, legatarius

(3) pag. 23.

(4) V. § 10.

§ 15. (1) Ciò corrisponde pienamente alla giustificazione razionale della regola, che daremo nella Parte ii.

decesserit, posteaque defecerit conditio libertatis, ad heredem legatarii non pertinet legatum. § 3. Quodsi idem pure legatus sit, et ex die liber esse iussus erit, omnimodo inutile legatum est, quia diem venturam certum est; ita Iulianus quoque sensit. Unde ait: si servus Titio legatus sit, et idem post mortem Titii liber esse iussus fuerit, inutile legatum est, quia moriturum Titium certum est ».

In questa legge — nota il BOISTEL, che la invoca insieme col BRINZ [2], — si considerano gli effetti della manomissione, accompagnata da una modalità sospensiva, sul legato che ha per oggetto lo schiavo stesso; e si dice che, se la libertà è concessa *sub conditione,* « sub contraria conditione *valet* legatum », se *ex die,* « omnimodo « *inutile* legatum est ». Perciò quando la libertà è data *post mortem Titii,* GIULIANO, citato ed approvato da Gaio nel § 3 del frammento, decide che il legato (dello schiavo) *inutile est.* Il che significa — avverte il Boistel — che la *morte di Tizio*, qual modalità apposta ad un legato, è qui, pei suoi effetti, classificata come un *dies,* e non come una *conditio.* E che cosa diventa allora — domanda egli — la regola « Dies incertus. . . . . » secondo l'interpretazione comune ?

Questo ragionamento non potrebbe apparire più semplice, ma anche, ci permettiamo di aggiungerlo, non potrebbe in realtà essere più superficiale.

Se infatti è stato scritto nei testi, ed è stato ripetuto dai giureconsulti di tutti i tempi che il giorno incerto nei testamenti fa condizione, si è forse con ciò inteso di affermare implicitamente che questa specie di *dies* è una stessa, identica cosa colla *conditio?* No davvero: anzi, precisamente perchè *non è* una condizione, ha un significato il dire che *fa* condizione [3], che rende la disposizione condizionale, ossia impedisce la trasmissibilità nel caso di premorienza del beneficato [4].

---

[2] BOISTEL, p. 23; BRINZ l. c., p. 408. — Il BRINZ cita, insieme con questa, anche la l. 40, § 2 D. *De cond.*, XXXV, 1. Non si arriva a comprenderne il perchè. V. al contrario, riguardo a questa legge, il § seg.

[3] V. sopra § 2.

[4] Qualche volta anche il *dies incertus quando* è chiamato *conditio* (v. sopra § 5), ma ciò avviene quasi per una figura rettorica, in quanto il termine incerto *condiziona* il legato (intesa la *condizionalità* nel senso di *non trasmissibilità*. V. infra § 17 *in fine*), facendo sorgere la condizione di soprav-

Posto come caposaldo — lo ripetiamo ancora una volta — che la regola di Papiniano, rettamente intesa, non significa identificazione assoluta del *dies incertus* alla *conditio*, ma solamente significa che il *dies incertus* sposta la *cessio diei* del legato fino al momento del suo verificarsi, è chiaro che non può urtare contro questa regola il § 3 della legge in esame, il quale, sotto nessun aspetto, *nemmeno indirettamente,* parla di *cessio diei,* nè, per la natura del caso contemplato, potrebbe parlarne. Vediamo.

Quando un testatore muore avendo fatto un legato puro del proprio schiavo, ed avendo poi concessa allo stesso schiavo la libertà, il legislatore vuole che questo secondo lascito costituisca un' adenzione tacita del primo [5]. Siccome all' adenzione non è apponibile un termine, ma soltanto è apponibile una condizione, se la libertà è stata concessa *sub conditione,* anche l' adenzione sarà condizionale, ossia il legato varrà *sub contraria conditione* (§ 2 della legge); se è stata concessa *ex die,* allora il *dies* si avrà per non apposto, l' adenzione sarà pura e semplice, e il legato dello schiavo sarà *omnimodo inutile.* Il criterio per distinguere il *dies* dalla *conditio* è sostanzialmente, come noi sappiamo [6] e come qui si ripete, la certezza dell' *an* (*diem venturam certum est*). Ma se il *dies* sarà *incertus quando,* dovrà forse, rispetto all' adenzione tacita, trattarsi diversamente da qualunque altra specie di *dies?* Niente affatto. Il *dies incertus quando* ha un effetto particolare, diverso da quello normale del *dies,* in tema di *cessio diei;* ma di *cessio diei* sarà il caso di parlare quando si considerano gli effetti di una *liberalità*

---

vivenza. La parificazione del *dies incertus* alla *conditio* nelle disposizioni testamentarie è stata sempre valutata solamente così, riguardo ai legati, e nessuno l' ha mai presa (come pretenderebbe il Boistel) per identità sostanziale. Delle istituzioni d' erede non è qui il caso di parlare: vedremo in seguito l' intimo legame esistente tra l' effetto prodotto dal *dies incertus* nel legato e quello prodotto nell' eredità.

(5) Questo concetto apparisce chiaro dal confronto della legge attualmente in esame (§ 2) colla l. 10 D. *De adim. vel transf. leg.*, xxxiv, 4: [Iulianus] « Si legatum pure datum Titio, adimatur sub conditione, et pendente con« ditione Titius decesserit, quamvis conditio defecerit, ad heredem Titii le« gatum non pertinebit; nam legatum, quum sub conditione adimitur, perinde « est ac si *sub contraria conditione datum fuisset* ». Cf. l. 107 D. *De cond.*, xxxv, 1 [Gaius], e l. 6 pr. D. *Quando dies legat.*, xxxvi, 2 [Paulus]. — Concorda Ferrini, *Legati e fedecommessi*, p. 329.

(6) V. sopra § 6.

testamentaria, non già quando, come qui, si parla della *adenzione* di una liberalità.

Ecco esposto il senso del frammento. In sostanza, ed in altre parole, il *dies incertus quando certus an* si considera, nel § 3, come apposto:

1.° alla *concessione della libertà* allo schiavo;

2.° all' *adenzione* del legato dello schiavo già ordinato a favore di Tizio.

In nessuno dei due atti può essere obietto di decisione da parte del giureconsulto l' influenza dell' incertezza del *quando* sullo spostamento della *cessio diei* fino al giungere del termine. Non nel primo: perchè nel lascito della libertà, atteso il suo carattere personale, anche se l' incertezza del *quando* manca, ossia anche se il termine è certo per l' *an* e per il *quando,* il *dies* non *cedit* alla morte del testatore, ma *cedit* quando *venit* (7). Non nel secondo: perchè questo non è un beneficio testamentario, ma l' adenzione di un beneficio, colla quale non ha niente che fare il *dies cedens* del diritto.

E si capisce anche benissimo perchè il giureconsulto, in questo § 3, dopo aver detto che l' effetto prodotto dalla concessione della libertà *ex die* sul legato dello schiavo è l' annullamento puro e semplice del legato stesso; e dopo aver contrapposto questo effetto a quello, ben diverso, prodotto dalla concessione della libertà *sub conditione,* per esemplificare il *dies,* non prenda la specie più comune, che è il *dies certus an et quando,* ma vada proprio a cercare un *dies certus an incertus quando.* Evidentemente l' essere quest' ultima specie trattata, per alcuni importantissimi effetti, negli atti *mortis causa,* alla pari della condizione, in virtù della nota regola, rendeva opportuno non tralasciare di rilevare un caso, nel quale il *dies incertus quando* deve essere trattato invece, pure rispetto ad un atto *mortis causa,* come semplice *dies,* senza che ciò menomamente contraddica alla regola stessa.

Questo hanno inteso Giuliano e Gaio; il Brinz ed il Boistel non lo hanno compreso.

Un altro testo, sul quale il Boistel pretenderebbe fondarsi per dimostrare che la *morte del terzo* non fa condizione, è la

l. 1 § 18 D. *De collat.* xxxvii, 6: — [Ulpianus] « Si emancipato legatum fuerit *quum pater morietur,* etiam hoc conferre debet ».

---

(7) V. infra P. ii, § 24, n. 11.

La spiegazione, secondo il Boistel, è semplicissima ed è la seguente. — Si sa che il figlio emancipato, venendo chiamato dal pretore alla successione del padre insieme coi fratelli rimasti sotto la patria potestà, deve conferire tutto ciò, che ha acquistato *durante la vita del padre,* poichè tutti quei beni si troverebbero nell'eredità paterna, se egli non fosse stato emancipato. Ora si domanda: se fra gli arricchimenti suoi esiste un legato *quum pater morietur* dovrà conferirlo? La *ratio dubitandi* sta nel non esser chiaro se l'acquisto del legato si debba dir fatto, in questo caso, durante la vita o dopo la morte del padre. Ma Ulpiano decide per la collazione, in forza del principio comunemente ammesso che il momento della morte costituisce l'ultimo istante della vita (8). —

Ciò premesso, il Boistel soggiunge: — Se il legato *quum pater* (terzo) *morietur* fosse condizionale, il giureconsulto non direbbe, senz'altro, che deve esser conferito, ma restringerebbe l'obbligo del conferimento alla ipotesi che la condizione si sia verificata in vita del legatario. —

La risposta a tale argomento viene così spontanea, che non potè sfuggire neppure al proponente: la sopravvivenza dell'emancipato al padre è, nel caso nostro, presupposta dal fatto che si parla di obbligo della collazione del figlio nella successione paterna.

Ma il Boistel non si arresta dinanzi ad una tale risposta, perchè osserva che alla successione del *paterfamilias* sono chiamati anche i figli dell'emancipato premorto, e quindi anche ad essi può riferirsi l'obbligo della collazione. Si replica molto facilmente che il testo in realtà rammenta la successione del figlio, e non quella dei nipoti.

Del resto tutte queste sottigliezze sono davvero fuor di luogo. L'obbligo di conferire non può aver per oggetto se non quello che siasi precedentemente *acquistato;* e, trattandosi di legati, non può aver per oggetto, se non quelli dei quali il *dies cessit.* Per conseguenza, allorchè si domanda se un legato condizionale debba o no esser conferito, necessariamente *si presuppone* che la condizione siasi verificata in vita del legatario. Poichè nessuno può intendere che si discorra del conferimento a proposito di ciò, che non è stato mai acquistato da chi dovrebbe conferire, e che anzi è venuto a mancare completamente.

---

(8) V. infra § 18.

§ 16.

Ed ora è giunto, alla nostra volta, il momento di citare altri esempii testuali, all'infuori del legato *quum heres morietur* [1], nei quali la regola *Dies incertus....* è chiaramente applicata.

Così scioglieremo il riserbo espresso al principio del capitolo terzo, e scioglieremo contemporaneamente quello espresso in questo medesimo capitolo, al § 14; giacchè due, fra i tre testi che citeremo, si riferiscono appunto al *dies mortis tertii.* Il primo se ne occupa a proposito di una istituzione d'erede, e gli dà effetto condizionale [2]; il secondo a proposito di un legato, e gli dà pure effetto condizionale, in quanto dimostra che l'incertezza del *quando*, anche nel *dies mortis tertii,* precisamente come nel *dies mortis heredis,* produce lo spostamento della *cessio diei,* impedisce la *trasmissibilità* per la premorienza del beneficato. Il terzo poi ci offre l'esempio di un *dies incertus quando certus an* di genere alquanto diverso.

L. 104 § 6 D. *De legatis et fideicommissis I.* xxx: — [JULIANUS] « Quum quidam heredem instituit quandoque mater eius decessisset, deinde secundus heres scriptus fuisset, et ab eo legata ei, qui sub conditione heres institutus fuisset, relicta essent, isque viva matre decessisset, postquam dies legati cesserat, quaesitum est an heredi eius legata deberentur; verius est legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac conditione: « si heres non fuerit », quia moriente eo conditio impletur ».

Adunque un testatore ha istituito un erede (che chiameremo Primo) *per quando morrà la madre di lui* (morte del terzo), e gli ha sostituito volgarmente un altro (Secondo), onerando questo di un legato a favore di Primo, *qui* SUB CONDITIONE *heres institutus fuisset.* — Apparisce di qui intanto come Giuliano qualifichi per istituzione *sotto condizione* quella fatta pel giorno della morte di una terza persona: continuando a spiegare il testo si vede che, ol-

---

[1] In questa denominazione generalmente comprendiamo il legato o fedecommesso (data la parificazione giustinianea) a cui è apposto il *dies mortis gravati.* § 16.

[2] V. § 2, n. 2, e P. II, sez. III.

tre il nome, egli attribuisce a questa specie di *dies incertus* anche gli effetti della *conditio*. — Primo muore, mentre è ancora in vita la madre, ossia in pendenza dell'avvenimento, che costituiva la limitazione o modalità apposta alla sua istituzione. Si domanda se l'erede di Primo avrà diritto al pagamento del legato.

Per rispondere, bisogna vedere se il legato ha potuto avere giuridica validità di fronte allo stesso Primo [3], ed, a questo effetto, occorre, in ultima analisi, che Primo, mentre era vivo, non abbia rivestita la qualità di erede, la quale sarebbe stata incompatibile con quella di legatario.

Questo, del non essere stato erede, è dunque un requisito per l'efficacia del legato, una *conditio iuris* [4], la quale è naturalmente sottintesa, ma, come nota lo stesso Giuliano, potrebbe essere anche espressa, in quanto il testatore avesse lasciato il legato al primo istituito « sub hac conditione: *si heres non fuerit* ».

Orbene, il giureconsulto decide che il legato è efficace, ed esigibile dagli eredi del legatario, perchè quella condizione, tacita od espressa che sia, si è adempiuta colla morte di Primo (*quia moriente eo conditio impletur*), ossia Primo, avendo cessato di vivere innanzi che venisse il giorno della morte della madre, apposto alla istituzione, non ha potuto mai acquistare la qualità di erede [5].

Ciò significa evidentemente che il *dies mortis tertii*, qual modalità aggiunta alla istituzione d'erede, ha gli stessi effetti della *conditio*; poichè, se fosse considerato come un *dies certus*, si dovrebbe averlo per non apposto, l'istituzione sarebbe da trattarsi come pura e semplice, e, per conseguenza, Primo, appena morto il testatore, avrebbe potuto acquistare la qualità di erede.

---

(3) Affinchè l'erede di Primo abbia diritto al pagamento, s'intende che il legato deve essere stato, non solo valido, ma anche trasmissibile. Però su questo secondo requisito non verte la questione giuridica: esso è dal giureconsulto presupposto come esistente, nella fattispecie, e tale presupposizione è espressa colle parole: « isque .... decessisset, *postquam dies legati* « *cesserat* ».

(4) Arndts-Serafini, i, § 66, n. 16 (p. 206).

(5) Lo Scheurl (*Nebenbestimmungen*, p. 345) interpreta similmente, quantunque non troppo chiaramente, questa legge. Anch'egli se ne vale come esempio di applicazione della regola *Dies incertus*.... alle istituzioni d'erede. Lo stesso fa il Borgna, *Contributo alla dottrina delle determinazioni accessorie negli atti giuridici* (1891), p. 39.

L' altro testo è la

l. 40, § 2, D. *De conditionibus et dem.* XXXV. 1: — [IAVOLENUS] Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita iusserat: « quas pecunias cuique legavi, eas heres meus si mater « mea moritur dato »; mortuo patrefamilias, Titius vixerat, et viva matrefamilias decesserat. Mortua matre, heredibus Titii legatum deberi Ofilius respondit, quoniam non sub conditione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adjecta. Videamus, inquit Labeo, ne id falsum sit, quia nihil intersit, utrum ita scribatur: « quas « pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea « moritur, dato », an ita: « nisi mater mea moritur, ne dato »; utrubique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esse legatum. Labeonis responsum probo ».

Qui siamo in tema, non più di istituzione d' erede, ma di legato, a cui è pure aggiunta come modalità la *morte del terzo,* e precisamente la morte della madre del testatore. Si decide che il legato è *sub conditione,* e per conseguenza che il legatario, essendo sopravvissuto al testatore, ma non alla madre di lui, non ha potuto acquistar mai un diritto trasmissibile agli eredi proprii.

Non ci fermiamo sopra la forma particolare della disposizione testamentaria, la quale sembra desse appiglio ad OFILIO di sollevare la questione secondaria « se il *dies incertus,* non apposto immedia- « tamente al legato, ma contemplato in separato discorso, come « *dies solvendi,* abbia pur sempre effetto condizionale [6] ». La opinione di Ofilio, che non prevalse, non attaccava evidentemente il principio generale circa l' efficacia condizionale del *dies incertus,* ma soltanto non lo voleva applicato a quella fattispecie.

Avvertiamo però che se qualcuno, considerando che nel testo è detto « *si* [.... moritur] », e non « *quum* [.... morietur] », pretendesse, per togliere al medesimo importanza, far dipendere in esso la condizionalità dalla forma grammaticale della modalità apposta al legato, e non dalla sostanza sua che è la *morte della madre,* si troverebbe, così ragionando, in contradizione, prima coll' espresso disposto della l. 45, § 3 D. *De verb. obl.* (XLV, 1) [7], e poi collo

---

[6] V. infra P. III, § 54, n. 4.

[7] [ULPIANUS] « Non solum ita stipulari possumus: *quum morieris,* sed « etiam: *si morieris;* nam, sicuti inter haec nihil interest: *quum veneris,* « aut: *si veneris,* ita nec ibi interest: *si morieris,* et: *quum morieris* ».

stesso Boistel, il quale [8] si esprime così: « La clause *quum* ou *si* « *morieris* est un terme, quel que soit la conjonction employée ». Dunque anche la clausola « *si mater mea moritur* » è un termine, il quale, benchè incerto soltanto riguardo al tempo (al *quando* e non all' *an*), rende la disposizione condizionale [9].

L' ultimo dei tre annunziati testi, e forse il più caratteristico di tutti [10], è la

l. 13 D. *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat*, XXXVI, 2: — [POMPONIUS] « Huiusmodi legatum « sive illud factum fuerit, sive non fuerit, illi do lego » ad heredem non transit, nisi alter casus vivo legatario extiterit, quoniam causa, ex qua debeatur, praecedere semper debet, nec, quia certum est alterutrum futurum, omnimodo debebitur; nam tale legatum « quum morietur heres dato » certum est debitum iri, et tamen ad heredem legatarii non transit, si vivo herede decedat ».

Togliamo la spiegazione di questa importantissima legge dalla recente opera dell' ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und An-*

---

(8) p. 18.

(9) Sull' uso di particelle condizionali nel *dies incertus quando* v. P. III, § 53, n. 7.

(10) La caratteristica consiste in ciò che questo testo contiene il solo esempio di *dies incertus* (*quando, certus an*) offerto dalle fonti romane oltre il *dies mortis*, il quale dai più è creduto unico.

MACHELARD (o. c. § 3, p. 543 delle *Dissertations*) è appunto fra coloro che ritengono unico esempio testuale il *dies mortis*. Egli peraltro (p. 543, n. 1) reca altri esempii, non testuali, di termine incerto: la fine di una guerra incominciata; lo scioglimento di una società senza termine fisso, di cui la durata dipenda dalla volontà di ciascun associato; lo scioglimento di un matrimonio, che, in diritto romano, poteva esser prodotto dal divorzio, non meno che dalla morte di uno dei coniugi; il primo giorno di pioggia o di gelo dopo la morte del testatore; l'apparire di una cometa.

BOISTEL (p. 1) ne immagina altri ancora: la cessazione delle funzioni di tal magistrato; la liberazione di un debitore, almeno nelle legislazioni, che ammettono la prescrizione estintiva; la demolizione di un edifizio (?); l'esaurimento d' una miniera; il fondersi delle nevi; il fiorire della vigna; i primi fieni.

Di taluni fra questi esempii si potrebbe forse dubitare se contengano veramente quella certezza dell' *an*, che è elemento essenziale del termine incerto (in senso proprio): ma non crediamo conveniente addentrarci nella casistica.

fangstermin(11). Il quale autore, estraneo alla questione nostra, e perciò impregiudicato(12), si occupa del succitato testo laddove obiettivamente studia le relazioni fra la *conditio* e il *dies*(13). Egli dice:

« La successione delle idee (*der Gedankengang*) del giurecon-« sulto è la seguente: La condizione necessaria(14) — *sive illud* « *factum fuerit, sive non fuerit* — contiene un *dies*, precisamente « come la condizione necessaria(15) — *quum morietur heres* —. Ma « poichè questo *dies* è un *dies incertus quando* [sebbene *certus an*], « ed è incerto se l'onorato sopravviverà ad esso, questo *dies* vien « trattato come la condizione — se l'onorato sarà ancora in vita — ».

Si potrà formulare un'altra parafrasi, che in certe particolarità, specialmente di forma, riesca più esatta di questa dell'Ennecerus(16), ma non sarà mai possibile, a giudizio nostro, spiegare in qualsiasi

---

(11) Marburg, 1888-89.

(12) Non estraneo nel senso che non parli della regola *Dies incertus* (*quando*) *conditionem* . . . . , ma estraneo nel senso che ammette la regola stessa come indiscussa (V. o. c. P. II, § 54, p. 425, non che il passo riportato da noi in questo paragrafo *infra*), senza farne oggetto di questione, perchè, a quanto pare, non conosce l'interpretazione nuova.

(13) P. I, § 22, p. 206.

(14) Così è chiamata dagli scrittori moderni la *conditio, quae omnimodo extitura est*. V. Arndts-Serafini, I, § 66, p. 201.

(15) V. nota 16 seg.

(16) A noi sembra che si dovrebbe formulare come segue:

La clausola *sive illud factum fuerit, sive non fuerit* (es: tanto se, alla fine della guerra, attualmente incominciata fra la nazione *A* e la nazione *B*, la nazione *A* avrà conseguita la vittoria, quanto se non l'avrà conseguita) apposta ad un legato contiene un *dies* (*ex quo*) (nell'es.: la fine della guerra), la cui scadenza è determinata dal verificarsi di uno dei due fatti designati — fatto positivo e fatto negativo — (*causa ex qua debeatur praecedere semper debet*). Se il legatario muore prima che il termine sia giunto (*nisi alter casus vivo legatario extiterit*), il legato non passa all'erede di lui (*ad heredem non transit*). Nè si obietti che il *dies* è *certus an*, per argomentarne la *cessio diei* immediata del legato (*nec quia certum est alterutrum futurum, omnimodo debebitur*. V. infra, P II, § 24). Infatti (*nam*) che la sola certezza dell'*an* non basta a far sorgere la *cessio diei* alla apertura della successione, lo dimostra esemplarmente il legato *quum heres morietur* (*tale legatum « quum morietur heres dato »*). In questo la futura scadenza del termine è certa (*certum est debitum iri*): eppure (*et tamen*) il legato non passa all'erede del legatario, se questi premuore all'erede gravato (*ad heredem legatarii non transit, si vivo herede decedat*).

modo la legge sopra trascritta, senza vedervi un' applicazione del principio che il *dies incertus quando,* nei testamenti, fa condizione [17].

A chi dubitasse ancora dell' esistenza di questa massima nel diritto romano, consigliamo di istituire, mediante la semplice lettura, un confronto tra la legge *Dies incertus* di Papiniano, dove la massima è formulata, la legge *Legatis* di Pomponio, dove è spiegata ed esemplificata, e quest' ultima legge *Huiusmodi,* ponendole appunto nell' ordine suespresso.

Quale relazione strettissima interceda fra la prima e la seconda, a suo luogo notammo [18]: quella fra la seconda e la terza è ancor più evidente. Lo stesso Pomponio, il quale, nel § 2 della legge *Legatis,* facendo l' applicazione della regola papinianea, aveva presentato come esempio tipo di *dies incertus* il legato *quum heres morietur,* ora, nella legge *Huiusmodi,* volendo applicare la suddetta regola ad un' altra clausola designante un' avvenimento, di cui è certo il verificarsi, spiega la propria decisione col citare il medesimo esempio tipo del legato *quum heres morietur,* in cui l' avvenimento ha, come quello attualmente in esame, il carattere di essere *certus an,* benchè *incertus quando.*

Chi ha fatto questo confronto crediamo che possa sicuramente sfidare qualunque più sottile argomentatore a dimostrargli che il caso del legato per quando morirà l' erede è l' *unico,* che ci presentino i testi, in cui un *dies incertus quando certus an* faccia condizione, mentre egli lo trova *accanto ad un altro della stessa specie* (*legatum* « sive illud *ecc.* »). E tanto più quindi a dimostrargli che è un caso *eccezionale,* mentre egli lo vede adoperato da Pomponio come *tipo esemplare* (*nam tale legatum* « quum morietur heres *ecc.* »).

Del resto non occorre insistere, crediamo, sulla importanza veramente decisiva di tutti i frammenti esaminati in questo paragrafo. Il Boistel, che, con larghezza e fiducia maggiore degli altri, si è fatto ad impugnare l' antica regola, confessa di aver concepito il dubbio circa la sua esistenza solamente dopo avere osservato che

---

[17] Cf. Scheurl o. c. p. 341. Il Borgna (o. c. p. 35) che segue normalmente, in questa materia, lo Scheurl, chiama la legge *Huiusmodi* bellissimo esempio di applicazione della regola *Dies incertus*.... Notiamo che il Borgna, a quanto apparisce, non conosce gli attacchi del Brinz e degli altri contro l' esistenza della regola.

[18] V. sopra § 11.

il *dies mortis heredis* è il solo *dies incertus quando,* che ne rappresenti l' applicazione nelle fonti romane, e lamenta che in esse non trovisi considerato il *dies mortis tertii,* il quale, a detta sua, farebbe pendere la bilancia in senso favorevole o contrario. Avendo noi dimostrato che il *dies mortis heredis* non è il caso unico testuale di applicazione della regola, ma che ve ne sono altri, e fra questi vi è il *dies mortis tertii,* si palesa infondata l' osservazione, ingiustificato il dubbio: la bilancia pende definitivamente nel senso di constatare e confermare l' esistenza della regola, quale è stata intesa, per tanti secoli, da tutti i giuristi.

CAPITOLO V.

Il legato quum ipse legatarius morietur.

SOMMARIO.

§ 17. Il legato *quum ipse legatarius morietur* di fronte alla regola *Dies incertus*.... Spiegazione dei testi che vi si riferiscono. — § 18. Il termine *quum morietur* considerato in rapporto alla vita della persona. — § 19. Il legato *post mortem legatarii*. — § 20. Il *dies mortis ipsius legatarii* considerato sinteticamente. — Conclusione.

§ 17.

Abbiamo altra volta osservato come il *dies mortis* rappresenti l'esempio più sicuro di *dies incertus*, ed abbiamo visto come spieghi efficacia condizionale sulla disposizione testamentaria il giorno della morte, non solo del gravato, ma anche del terzo. Resta ora da considerare il giorno della morte dello stesso onorato, il quale invece, sebbene sia naturalmente incerto *quando* verrà, non ha, e non può avere, effetto condizionale. Il legato *quum ipse legatarius morietur* è dalle fonti romane espressamente dichiarato puro e non condizionale [1].

L. 79 pr. e § 1. D. *De conditionibus* XXXV. 1: — [PAPINIANUS] « *Heres meus quum morietur Titius, centum ei dato;* purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere. § 1. *Heres meus, quum ipse morietur centum Titio dato;* legatum sub conditione relictum est; quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est an legatario vivo dies legati non cedet, et non est certum ad eum legatum perventurum » [2].

§ 17. [1] In questa P. I consideriamo il giorno della morte dell'onorato solo di fronte al legato. Nella P. II (cap. VI) ne parleremo di fronte alla istituzione d'erede. Allora s'intenderà la ragione di questo rinvio, fatto per comodo di trattazione, mentre si vedrà il parallelismo fra l'una e l'altra figura giuridica.

[2] V. sul testo qui riportato e sulla sua punteggiatura, infra P. II, § 34.

L. 4 D. *Quando dies legat.* XXXVI, 2: — [ULPIANUS] « Si *quum heres morietur* legetur, conditionale legatum est, denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. § 1. Si vero *quum ipse legatarius morietur* legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti ».

Il BRINZ [3] ed il BOISTEL [4] credono di potere dalla decisione circa il legato *quum ipse legatarius morietur*, contenuta in queste leggi, trarre argomento contro la regola *Dies incertus....*

Ed il DERNBURG, il quale nella nota 7 al § 107 (vol. III) ammette in massima che il *dies incertus quando* faccia condizione [5], invece nella nota 8 seg., considerando il *quum ipse legatarius morietur,* dopo aver rilevato che, sebbene esso sia un *dies incertus quando,* pur non ha, per le leggi romane, effetto condizionale, pone in dubbio l'esistenza della massima, e propone, per spiegare la condizionalità del legato *quum heres morietur,* quel motivo eccezionale, che noi vedemmo e discutemmo a suo luogo [6].

Al contrario, prima di questi scrittori, si considerava da tutti come regolare la decisione dei giureconsulti a proposito del *dies mortis heredis,* e come eccezionale quella concernente il *dies mortis legatarii.*

---

(3) § 427, N. 16.

(4) p. 20.

(5) Ecco le sue parole: « l. 75, D. De cond. 35, 1. *Papinianus libro 34* « *Quaestionum: Dies incertus conditionem in testamento facit.* Der Aus-« spruch bezieht sich nicht blosz auf den absolut ungewissen Termin, son-« dern auch auf den relativ ungewissen — *dies incertus quando* ». V. sopra § 1, n. 4.

(6) La nota 8 incomincia così: « Eine practisch wichtige Frage ist, ob « die Bestimmung, wonach ein Vermächtnisz erst nach dem Tode des Erben « zu erfüllen ist, blosz als Aufschub der ZAHLUNG gilt, oder ob sie das Ver-« mächtnisz selbst in das Ungewisze stellt, der Art, dasz der Honorirte den « Tod des Onerirten erleben musz? Der Absicht des Erblassers dürfte die « erstere Behandlung meist entsprechen. Aber vir finden mehrfach in den « Quellen ausgesprochen, dasz das Legat « *heres meus, quum morietur,* « *Titio dato* » KEINEN BLOSZEN AUFSCHUB der Zahlung enthalte, wogegen « das Legat « heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato » EINEN « BLOSZEN ZAHLUNGSAUFSCHUB enthalten soll. l. 4, l. 13, D. *h. t.* 36, 2, l. 1, « § 2, l. 79, D. *De cond.* 35, 1. DIE UNSICHERHEIT WANN DIE ZEIT EINTRITT, « IST NUN ABER IN BEIDEN FÄLLEN DIESELBE! Wir gehen wohl *ecc.* ». Il seguito è riportato di sopra nella nota 1 al § 12.

Il Boistel non lo ignora: anzi riferisce nel modo seguente il motivo della eccezione dato dai seguaci della opinione comune:

« Le terme incertain ne se transforme pas en condition [7] toutes « le fois, qu'il doit forcément se realiser du vivant du gratifié. Or, « la mort du légataire étant le dernier instant de sa vie, ce terme « se réalise à un moment, où il peut encore recuillir personnelle- « ment. Par là se trouve satisfait l'*intuitus personae,* qui préside « aux dispositions testamentaire ».

Abbiamo voluto trascrivere testualmente le parole, colle quali il Boistel ha creduto di presentare la ragione della eccezionalità, secondo le idee comuni, perchè nel modo inesattissimo di formularla è da ricercarsi l'origine prima della straordinaria confusione, che egli farà di poi nel combatterla.

Innanzi di passare a veder questo, spieghiamo per conto nostro il caso del legato *quum legatarius morietur,* il quale, da chi bene lo intenda, non si può a rigore nemmeno chiamare eccezionale, se pure non piaccia qualificare per eccezione il non applicare la regola laddove l'applicarla sarebbe impossibile, e contradirebbe anzi alla regola stessa.

Allorquando è lasciato un legato sotto condizione vera e propria o a termine incerto, l'effetto caratteristico immediato della modalità aggiunta si è di rendere incerto se il diritto, che si è voluto attribuire colla disposizione, verrà o non verrà all'esistenza. Tale incertezza circa l'efficacia futura del legato è appunto ciò, che dicesi *condizionalità* [8]: per essa — di qualsivoglia specie sia la modalità che la produce (*conditio* o *dies incertus*) — il legato medesimo è detto dai testi *conditionale* o *sub conditione.*

Ma qual'è, mentre la modalità pende, l'elemento attuale, di fatto, sostanziale e *necessario,* che costituisce questa incertezza circa la futura esistenza del diritto, ossia la condizionalità?

Non è già il non potersi prevedere se l'avvenimento, che forma la materia della modalità apposta, si verificherà o no; poichè dubbio siffatto, sebbene proprio della vera *condizione,* è invece escluso dal *termine incerto* come noi lo intendiamo (*dies incertus quando certus an*).

Vi è però un'altra specie di incertezza, *non* più *assoluta,* ma

---

(7) V., su questa frase, P. II, § 36.

(8) V. P. II, § 24.

relativa [9], compatibile con entrambe quelle modalità, e consistente nella doppia possibilità che l'avvenimento stesso abbia luogo o no *durante la vita del beneficato:* solo nel primo caso, trattandosi di condizione o di giorno incerto, la disposizione sorte il suo effetto, nel secondo si caduca. Ecco dunque che questa specie d'incertezza o imprevedibilità relativa è quella appunto strettamente necessaria a rendere incerta l'efficacia del legato: qualora essa manchi, di condizionalità è assurdo il parlare [10].

In altre parole si potrebbe dire che il carattere condizionale di un legato sotto condizione espressa o a termine incerto presuppone nel legato stesso la virtualità di sottintendere una vera e propria condizione (incerta per l'*an*), la quale alla sua volta consiste in un fatto relativo: il fatto che il legatario viva mentre si verifica l'avvenimento, che è il sustrato della condizione espressa o del giorno incerto. Evidentemente, quando in un legato mancasse la suddetta incertezza relativa, mancherebbe anche la possibilità di ammettere questa condizione tacita: in tale ipotesi sarebbe ad ogni modo da escludere, secondo ciò che abbiamo detto, la condizionalità della disposizione.

Perciò, allorchè fosse certo, a modo d'esempio, che l'avvenimento contemplato espressamente dal testatore non solo si verificherà, ma si verificherà vivente il legatario, impossibile riuscirebbe il sottintendere la condizione in parola, la quale verrebbe ad essere una semplice *conditio quae omnimodo extitura est,* ossia non più una condizione vera e propria: ed il legato, sostanzialmente, non sarebbe condizionale, ma puro.

Orbene, secondo il modo di vedere dei giureconsulti romani, è questo appunto il caso del legato *quum ipse legatarius morietur;* perchè, una volta ammesso, come essi ammettevano, che il momento, in cui una persona muore, costituisca l'ultimo istante della vita, e quindi appartenga alla vita, si viene con ciò stesso ad eliminare l'incertezza della condizione che l'avvenimento, designante, nella specie, il giorno incerto, si verifichi in vita dell'onorato.

---

(9) La distinzione che qui facciamo tra *incertezza assoluta* e *relativa* non è da confondersi con quella, di cui parliamo nella nota 4 al § 1.

(10) È superfluo l'avvertire che l'incertezza assoluta (dell'*an*) implica sempre necessariamente l'incertezza relativa (pure dell'*an*). Poichè se non è certo che l'avvenimento si verificherà, tanto meno può esser certo che si verificherà in vita del legatario.

Dopo queste premesse, ci pare che si debba intendere con esattezza il ragionamento, a prima vista non tanto chiaro, e pur troppo non ben compreso dagli interpreti [11], che Papiniano fa nella legge *Heres meus* intorno a questo caso del legato *quum legatarius morietur* in contrapposto a quello *quum heres morietur.*

Egli dice precisamente come noi: che il legato è puro (*purum legatum est*), ossia che il *dies,* benchè *incertus,* non gli dà il carattere della condizionalità, ma quello della dilazione semplice (*non conditione sed mora suspenditur*); e ciò appunto perchè la condizione che il legatario sia in vita quando morirà, la quale sarebbe d'uopo sottintendere in questa figura di legato per ammettere quel primo carattere, non potrebbe esser considerata se non come una condizione necessaria ed impropria (*non potest enim conditio non existere*) [12].

Che tale debba essere il significato, specialmente di queste ultime parole del proemio, risulta ancor meglio dal confronto che se ne può fare col § 1. In esso il sommo giureconsulto, esaminando il caso del legato *quum heres morietur,* ne riconosce invece il carattere condizionale (*legatum* SUB CONDITIONE *relictum est*), perchè, sebbene manchi anche qui naturalmente l'*incertezza assoluta* circa il verificarsi dell'avvenimento contemplato (*quamvis enim heredem moriturum certum sit*), vi è però, a differenza del precedente caso, quell'*incertezza relativa* (dell'*an*), la quale è la sola necessaria [13]

---

[11] V. infra P. II, § 34.

[12] Noi dunque intendiamo l'espressione « conditio » come qui riferita da PAPINIANO, non già alla modalità espressa « *quum legatarius morietur* », (v. in quest'altro senso, fra gli altri, ENNECERUS, o. c. § 22, p. 205; SIMÉON, o. c. § 1, p. 1), la quale è un *termine,* ma sibbene alla *condizione* sottintesa *che il legatario viva quando scade il termine apposto* (condizione tacita di sopravvivenza). Il valore esegetico e dommatico della nostra interpretazione di questa legge si mostrerà più chiaro nella P. II, § 34. Ci piace però intanto notare come, per essa, sia tolto di mezzo il pericolo, a cui accenna il SIMÉON (l. c.), che cioè queste parole facciano supporre considerato il *dies,* in genere, da PAPINIANO, come una *conditio quae non potest non existere.*

[13] L'essere questa incertezza *necessaria,* affinchè la disposizione possa dirsi condizionale, non vuol dire affatto che essa sia *sufficiente:* non vuol dire che *necessariamente induca* la condizionalità. Altrimenti anche il *dies certus* (*an et quando*) farebbe condizione. Vedremo in seguito (P. II, § 34), come specialmente sotto questo aspetto PAPINIANO sia stato frainteso, e rileveremo la serie di errori gravi, a cui ha dato causa la falsa interpretazione.

per la condizionalità del legato, in quanto permette di sottintendere come vera e propria condizione il fatto che il legatario viva allorchè muore l'erede, ossia che il medesimo possa acquistare personalmente il legato (*tamen incertum est an legatario vivo dies legati non cedet, et non est certum ad eum legatum perventurum*).

Se per tal modo siamo riusciti a chiarire le espressioni della prima, fra le due citate leggi, deve esser facile intendere anche la seconda.

In sostanza, il non potersi prevedere se il legatario vivrà quando si verificherà il termine apposto, significa essere *incerto* se il legatario stesso acquisterà o no un diritto trasmissibile, *se il legato potrà esser trasmesso all'erede* (*del legatario*). Per la qual cosa non sarà chi non veda una corrispondenza perfetta fra la ragione, che dà Papiniano, nella legge *Heres meus,* per escludere la condizionalità del *quum ipse legatarius morietur,* e ciò, che dice Ulpiano, nel § 1 dell'altra legge *Si quum heres,* a proposito della stessa modalità: *certum est legatum ad heredem transmitti.*

Dall'insieme delle esposte considerazioni crediamo anche risulti chiara la strettissima relazione e dipendenza esistente, in materia di legati, tra questi due concetti: 1.° incertezza sulla futura esistenza del diritto; 2.° non trasmissibilità del legato. L'uno e l'altro rispondono esattamente ad un terzo concetto: la condizionalità del legato. [14]

§ 18.

L'interpretazione dei testi contenenti il caso del legato *quum ipse legatarius morietur* suppone, abbiam detto, che il momento, in cui una persona muore, appartenga alla vita, o, per meglio dire, suppone che tale fosse il concetto dei giureconsulti romani. E che questo presupposto sia vero lo dimostrano specialmente le ll. 107 § 1 D. *De legatis I* (XXX); 17 pr. D. *De manumissis testamento* (XL. 4); 18 § 1 *e t.;* 1 § 18 D. *De collat* (XXXVII. 6).

Nella prima di esse [1] si esamina il caso seguente: Tizio lega a

---

[14] Cf. P. II, § 24, spec. nn. 2 e 7.

[1] [AFRICANUS] « Si quis servum, cui aliquid sine libertate legaverit, « *quum morietur ipse servus* leget, minime dubitandum, quin utile legatum « futurum sit; propterea scilicet, quod, moriente servo id, quod ipsi lega- « tum erit, ad eum, cui ipse legatus fuerit, perventurum sit ». § 18.

Caio lo schiavo Stico *quum morietur ipse servus,* dopo aver fatto un legato a favore dello stesso schiavo. AFRICANO decide che, morendo Stico, il legato lasciato a lui perviene a Caio; dal che si rileva come il giureconsulto naturalmente intenda che il termine *quum morietur servus* si è verificato mentre il servo era ancora in vita, in modo che, per un momento, egli abbia potuto essere oggetto di proprietà da parte di Caio.

Nella seconda [2] è detto espressamente che la libertà lasciata allo schiavo *quum morietur* s' intende conferita *in ultimum vitae tempus.*

La terza [3] dice pure esplicitamente che la frase « quum moriar » designa un momento appartenente alla vita: *vitae tempus complectitur.*

Della quarta infine è superfluo parlare, perchè essa è stata già riportata e spiegata in altra occasione [4].

Orbene il BOISTEL si ferma appunto a confutare questa maniera di concepire il valore dell' espressione *quum morietur.* Egli afferma, al contrario, che « le terme *quum morietur* se realise seu-« lement au moment, où la mort s'accomplit, et qu'à cet instant « prècis la vie a cessé; la mort n'est pas le dernier instant de la « vie, mais l'instant, qui suit immediatement le dernier » [5].

È importante il notare come il Boistel contrapponga questa sua opinione all' altra così in astratto, senza punto negare che quest' ultima fosse in realtà seguita dai giureconsulti romani [6].

---

[2] [IULIANUS] « Libertas, quae in ultimum vitae tempus confertur, ve-« luti: *Stichus quum morietur liber esto,* nullius momenti existimanda est ».

[3] [IULIANUS] « Haec conditio: *quum moriar, liber esto,* vitae tempus « complectitur. . . . ».

[4] V. sopra § 15, p. 39 e seg.

[5] p. 21. — Un concetto simile trovasi espresso, a questo proposito, nel GLÜCK, *Pandekten* (Fortsetzung von MÜHLENBRUCH), XLI, § 1457, p. 60: « Indessen würde darin eine offenbare Sophisterei liegen; denn Niemand « erlebt etwas, dessen er sich nicht bei seinem Leben als eines in den Ver-« gangenheit liegenden Ereignisses bewuszt werden kann ».

[6] Nè avrebbe potuto negarlo senza contradirsi: giacchè, egli medesimo, per spiegare (a p. 23) la l. 1, § 18, D. *De collat.*, si serve, come vedemmo (§ 15, p. 40), del presupposto che « le moment de la mort est le dérnier « instant de la vie », quantunque ricordi di avere altrove (nel luogo presente) criticata questa ragione. Evidentemente dunque egli ha qui inteso di fare una critica filosofica del concetto romano.

Eppure era veramente qui il nodo della questione! Per giustificare l'interpretazione di coloro, che la decisione concernente quella specie di termine incerto (*quum legatarius morietur*) qualificano per eccezionale, ed il motivo necessario ritrovano nel concetto che questo termine venga sempre mentre il legatario è ancor vivo, evidentemente basta dimostrare, come abbiamo fatto testè, che a tale concetto erano ispirati gli autori delle leggi da interpetrarsi. Se poi esso si trova in opposizione colle idee metafisiche del signor Boistel, a noi poco importa. Potrà chi per avventura lo creda utile, teoricamente discutere se egli, oppure gli altri, affermino il vero, o se, magari, sia giusta la dottrina, da qualcuno attribuita a Platone, secondo la quale il momento, in cui una persona muore, non appartiene nè alla vita nè alla morte [7]. Ma quando pure l'opinione dei romani fosse dimostrata falsa, ciò non vorrebbe mai dire, come pretenderebbe Boistel, che non sia ragionevole l'invocarla per intendere le leggi romane.

Del resto questa idea di Giuliano, di Africano, di Papiniano, di Ulpiano, anche considerata al lume della critica, apparisce perfettamente giusta. Basta, a persuadercene, aver riguardo soltanto alla speciale espressione « *quum morietur* », la quale non è per nùlla equivalente alle altre: « *quum mortuus erit* » o « *post mortem* ». L'affermare, col Boistel, che colui, il quale *muore*, è *già morto* è

[7] Averani, *Interpretationes iuris*, T. i, Lib. ii, Cap. xvi, nn. 3, 4: « Itaque dies mortis ipsius legatarii conditionem non facit..., quia non potest « existere post mortem legatarii; vivi enim moriuntur, non mortui, et mo- « mentum, quo morimur, vitae tribuitur, non morti..., quamquam Plato nec « vitae, nec morti tribuendum esse censeat ». — L'Averani non cita il luogo di Platone, dal quale ha desunto questa dottrina; ma possiamo ritenere che si riferisca ad un passo dell' Ἀξίοχος, dialogo d'incerto autore (probabilmente di un accademico del 3° secolo), erroneamente attribuito a Platone. Ecco il passo: « ΣΩ... ἤκουσα δέ ποτε καὶ τοῦ Προδίκου λέγοντος, ὅτι ὁ θάνατος « οὔτε περὶ τοὺς ζῶντάς ἐστιν οὔτε περὶ τοὺς μετελλαχότας. ΑΞ. Πῶς φῇς, ὦ Σώκρατες; « ΣΩ. Ὅτι περὶ μὲν τοὺς ζῶντας οὐκ ἔστιν, οἱ δὲ ἀποθανόντες οὐκ εἰσίν. » — Il concetto, che l'autore dell'*Assioco* pone in bocca a Socrate, è dunque in realtà diverso da quello che l'Averani gli attribuisce; poichè quì non si parla del *momentum quo morimur,* ma della *morte* in se stessa (ὁ θάνατος). Questo medesimo concetto trovasi nella *Epistola a Meneceo,* attribuita ad Epicuro (Diogene Laerzio, *Vita di Epicuro* § 27): « ...οὔτ' οὖν πρὸς τοὺς ζῶντας ἐστὶν « (ὁ θάνατος) οὔτε πρὸς τοὺς τελευτηκότας, ἐπειδήπερ περὶ οὓς μὲν οὐκ ἔστιν, οἱ δ' οὐκέτι « εἰσίν. »

una contradizione in termini. Ben dice a tal proposito l'AVERANI [8]: « vivi enim moriuntur, non mortui », ed il FINETTI [9]: « quia vi-« ventes morimur, et mors mortuis non dominatur ».

§ 19.

Agli antichi giureconsulti occorreva considerare soltanto la formula « quum morietur legatarius », perchè quella « post mortem legatarii » avrebbe, ai tempi del diritto classico, resa invalida la disposizione. Avendo però GIUSTINIANO parificato completamente le due espressioni agli effetti giuridici, e tolto così di mezzo siffatto avanzo del vecchio formalismo [1], è opportuno che noi consideriamo pure di fronte alla seconda espressione il *dies mortis ipsius legatarii.*

Orbene: anche quando il testatore avesse detto « lego centum « Titio *post eius mortem* », la decisione non avrebbe potuto riuscir diversa.

Infatti, o l'una o l'altra sia l'espressione adoperata, tutta l'impossibilità di ammettere quella condizione tacita, che vedemmo essere requisito necessario per la condizionalità del legato [2], dipende dalla preventiva certezza della relazione, che naturalmente intercede fra la vita e la morte di una stessa persona. Allorchè il testatore ha disposto *quum ipse legatarius morietur*, la condizione che il legatario viva quando muore non può avere carattere ed efficacia di vera condizione, perchè è *necessaria;* allorchè invece ha scritto « *post mortem legatarii* », la condizione tacita che il legatario viva

---

(8) V. nota preced.

(9) *Thes. decis. Rotae florent.* (OMBROSI), I, p. 390.

§ 19. (1) Vedansi, in proposito, GAIO, *Comm.* II, 232, ULPIANO, *Liber sing. regul.* XXIV, 16 e XXV, 8. L'innovazione di GIUSTINIANO si legge nel § 35 Inst. *De legatis* (II, 20): « Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo « inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat: « quum heres meus mortuus « erit, do lego » .... Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hu-« jusmodi legati, ad fideicommissorum similitudinem, praestantes, ne, vel in « hoc casu, deterior causa legatorum quam fideicommissorum inveniatur ». — Per le ragioni della disposizione del diritto classico e della correzione giustinianea, vedi, fra gli altri, DEMANGEAT, *Cours de droit romain,* I, p. 750, e FRESQUET, *Traité elementaire de droit romain,* I, p. 442.

(2) V. sopra § 17.

mentre è già morto non deve ammettersi, perchè è *impossibile:* le condizioni impossibili, che si hanno per non scritte, a più forte ragione si devono avere per non sottintese. Le *condizioni necessarie* e le *impossibili,* opposte fra loro di natura, hanno questo effetto comune: che *nè le une nè le altre rendono condizionale il legato* [3].

In ogni modo è chiaro che il legato per dopo la morte del legatario, o si dichiara *inutile,* come nel diritto classico, o altrimenti se è valido, è puro necessariamente: poichè *condizionalità* significa *non trasmissibilità,* e per esso il non esser trasmissibile vorrebbe dire nuovamente essere inutile affatto.

Per conseguenza sempre maggiormente assurdo ci apparisce il ragionamento del Boistel, il quale, mentre ritiene valido il legato *quum legatarius morietur,* e lo interpreta, sia pure a modo suo, per dopo la morte del legatario, non si accorge della impossibilità che sia condizionale, e, poichè tale esso non è di fatto, vede in ciò un argomento contro la regola che il giorno incerto fa condizione, invece di vedervi una necessaria eccezione alla regola stessa.

§ 20.

In tal modo possiam dire di aver giustificato l'eccezionalità del *dies mortis ipsius legatarii* con due ragioni diverse, in relazione alle due diverse formule che il testatore può avere usato: « quum morietur » e « post mortem ».

Però è conveniente ricercare di questa eccezione alla regola una ragione generale, più pratica, e, nello stesso tempo, più filosofica delle altre due. L' occasione a trovarla ci è fornita dallo stesso Boistel. Egli dice di volere abbandonare le sottigliezze, per impugnare appunto la eccezionalità del caso secondo un criterio pratico, ed a tale scopo mette insieme una nuova argomentazione, la quale, spogliata degli errori più visibili e non degni di esser considerati, si riassume nel modo seguente:

---

[3] Del legato *quum morietur Titius* [*centum ei dato*], Papiniano nella legge *Heres meus* (v. sopra § 17) dice: « purum legatum est, quia non « conditione sed mora suspenditur, *non potest enim conditio non existere* ». Del legato lasciato a Tizio *post* [*eius*] *mortem,* si potrebbe dire: « purum « legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur, *non potest enim* « *conditio existere* ».

— Nelle disposizioni testamentarie domina l'*intuitus personae,* il quale appunto, secondo l'opinione comune, giustifica la regola *Dies incertus conditionem in testamento facit.* Ora questo *intuitus* non si trova davvero soddisfatto nel legato, a cui è apposto il *dies mortis ipsius legatarii,* perchè, in tale ipotesi, non è possibile che la persona nominata risenta essa medesima un vantaggio dalla disposizione: sarebbe dunque irrazionale dare a questo legato, che pure è a giorno incerto, una stabilità maggiore, escludendone, per eccezione, il carattere condizionale. —

È facile scorgere l'errore fondamentale di questo ragionamento, il quale, per reggersi in piedi, avrebbe proprio bisogno di esser rovesciato. È vero che ogni disposizione testamentaria si presume originata dall'*intuitus personae,* dalla volontà cioè di beneficare la persona; è verissimo pure (e lo vedremo estesamente nella *seconda parte*) che in questa presunzione va ricercato il motivo (salvo a determinare qual sia), per cui il legato a giorno incerto, giacchè di esso si parla, non è trasmissibile: ma è altresì evidente che non si può ritenere da siffatto *intuitus* esclusa la trasmissibilità, anzi dobbiamo ritenerla indotta necessariamente, allorquando il legato deve essere eseguito nel *dies mortis legatarii.* Poichè escludere la trasmissibilità agli eredi in tal caso vorrebbe dire rendere il legato invalido *ab initio:* ossia l'*intuitus* distruggerebbe sè stesso [1]. Possiamo leggere una osservazione simile, quantunque non troppo esattamente espressa, a p. 28 della stessa memoria boistelliana: « On ne voit « pas aisément quelle pouvait être la pensée du testateur, qui veut « gratifier un legataire, mais qui lui fait attendre le bienfait jusqu'à « l'époque où il ne pourra plus en jouir. Pour nous il nous semble « que l'explication de cette bizzarrerie [2] doit se chercher dans l'in- « tention, que un testateur peut avoir très légitimement de disposer « en faveur des tous le héritiers, nés et à naître, du legataire ».

Perciò il legato, a cui è apposto il *dies mortis legatarii* di natura sua non può esser che puro, ossia, secondo la stessa volontà

§ 20. [1] Se nel legato, a cui è apposto il *dies mortis legatarii,* si ammette la trasmissibilità, il legatario, mentre è in vita, avrà *in bonis,* nella sua disponibilità, un diritto, che, per quanto non esigibile attualmente, rappresenta però un valore positivo: se invece la trasmissibilità non si ammette, tutto cade nel nulla. — Nella P. II, § 37, dopo giustificata razionalmente la regola *Dies incertus*. . . ., il motivo dell'eccezione concernente il *dies mortis ipsius legatarii* apparirà semplicissimo.

[2] Potrebbe anche non esser tale.

del testatore, *certum est legatum ad heredem transmitti,* come, con sintesi efficace, si esprime Ulpiano nella citata legge *Si quum heres.*

Adunque, mentre il Brinz, il Dernburg, il Boistel sostengono che, una volta affermata l'esistenza della regola *Dies incertus....*, non è poi possibile trovare un motivo sufficiente per spiegare l'eccezionalità del *dies mortis legatarii,* noi abbiamo invece dimostrato come questo motivo esista, e sia, non che sufficiente, necessario, e presenti molteplici aspetti: ammettere nel caso speciale la condizionalità, qualunque sia l'espressione adoperata, è impossibile giuridicamente; negare la trasmissibilità è impossibile logicamente e praticamente, perchè urta contro la volontà del testatore, ed equivale ad annullare la disposizione.

PARTE SECONDA

Spiegazione razionale della dottrina romana sul dies incertus.

SEZIONE I. — GENERALITÀ.

CAPITOLO I.

Importanza dell' argomento.

§ 21.

La regola *Dies incertus* (*quando*) *conditionem in testamento facit* è o no razionalmente giustificabile? E come?

Accenniamo, in questo punto, solamente alle idee di coloro, che hanno fatto oggetto di studio speciale, più o meno profondo, una od un' altra parte della teoria: il BOISTEL, già lo vedemmo [1], adduce la mancanza di questo fondamento razionale come ragione massima per negare l' esistenza della regola nel diritto romano; il MACHELARD, che non arriva tant' oltre, per negarla nel diritto moderno [2]; ed il MAASSEN, che nell' applicazione della regola propone un criterio restrittivo, comincia il suo scritto coll' osservare che la regola stessa si connette razionalmente ad un sofisma, ad una *petitio principii* [3].

(1) V. sopra § 8, p. 17.

(2) Op. cit., § 41.

(3) V. infra § 34, n. 3.

§ 21.

Non occorre dunque insistere sulla importanza, che presenta, da tutti i punti di vista, l'argomento di questa *seconda parte*.

Per dimostrarne l'attuale interesse scientifico, basta citare l'ACCARIAS, il quale, nel suo recente ed ottimo *Précis de droit romain* (4), parlando della regola *Dies incertus...*, conclude, riguardo ai legati (5), nel modo seguente:

« La difference, que les Romains font entre le terme certain « et le terme incertain, ne se justifie donc pas, ou, tout au moins, « elle se rattache à des motifs, que nous echappent ».

E riguardo alla istituzione d' erede (6):

« Pourquoi donc le terme incertain est-il traité ici tout autre- « ment que le terme certain? C' est une question, que je ne me « charge de résoudre ni a l'aide des textes, ni par les raisonne- « ment.... EN RÉSUMÉ DONC J'AVOUE NE PAS SAISIR LES MOTIFS DE « LA DOCTRINE ROMAINE SUR LE *dies incertus* ».

(4) 4ª ed. 1886.

(5) Vol. I, § 384, p. 1044 in nota.

(6) I, § 324, p. 862, n. 2.

CAPITOLO II.

Considerazioni generali intorno alla natura ed agli effetti del dies *e della* conditio.

SOMMARIO.

§ 22. Opinione antica comune intorno al carattere distintivo della *conditio* e del *dies*: sospensione della *esistenza* del rapporto giuridico, e della semplice *esecuzione*. Opinione nuova dell'UNGER. — § 23. Contradizione apparente delle fonti romane sull'argomento. Conciliazione. — § 24. Le nostre vedute sull'effetto sospensivo del *dies* e della *conditio*. Significato della espressione « dies cedit », specialmente nei legati. — § 25. Una idea dell'ADICKES intorno alla natura del *dies* e della *conditio*. — § 26. L'effetto prodotto dalla condizione sul legato non può essere inerente alla *natura* della condizione. Conseguenza.

§ 22.

Secondo noi la ragione, per la quale gli scrittori o non sono riusciti a giustificare la eguaglianza di effetti del *dies incertus* e della *conditio* nei testamenti, oppure hanno, *a priori*, qualificata l'eguaglianza stessa come irrazionale, deve essere ricercata primieramente nel modo ordinario di concepire le relazioni fra il *dies*[1], in generale, e la *conditio*.

Odasi, per esempio, il MACHELARD[2]:

« La transformation » egli dice « en condition d'un événement « infaillible (*dies certus an incertus quando*)[3] présente quelque « chose *de forcé, d'antipathique à la nature propre de la moda-* « *lité, que la science, sous le nom de* TERME, *sépare de la* CONDI- « TION. »

Ma qual'è, nella concreta efficacia, questo dissidio fra le due modalità, così profondo, che qualunque effetto proprio dell'una debba riuscire *antipatico alla natura* dell'altra? Ce lo dice, fra gli altri, il BOISTEL, nel proemio al suo scritto: il TERMINE sospende

[1] S'intende che qui prendiamo la parola « dies » nel senso espresso al § 6 (p. 14). § 22.

[2] § 41 in fine, p. 582 (delle *Dissertations*).

[3] Su questa inesatta idea del *dies incertus* che *si trasforma* in condizione v. quello che diciamo infra § 36.

soltanto l' ESECUZIONE del rapporto giuridico, la CONDIZIONE, *al contrario,* sospende l' ESISTENZA stessa del diritto.

È vero codesto principio? Dichiariamo subito che è stato, fino a poco tempo fa, l'atto di fede di tutti gli scrittori su questa materia, ed ancora si può dire ripetuto dalla maggioranza numerica di essi.

Però, ai giorni nostri, questa opinione comune ha trovato un valido oppositore nell'UNGER [4], il quale non ha esitato a dichiararla assolutamente sbagliata (*gewisz unrichtig*).

Il concetto fondamentale, che viene opposto all'antica dottrina, e che in essa scuopre una contradizione intrinseca è questo: che il diritto veramente ed attualmente *esiste* solo in quanto è *eseguibile* ed efficace.

Quindi, secondo l'Unger ed i non pochi scrittori autorevoli, che lo hanno seguito e lo seguono [5], il termine primordiale, (*dies a quo-Anfangstermin*), appunto perchè sospende, come da tutti è ammesso, l'*esecuzione* (*die Wirksamkeit, die Geltendmachung* ecc.), sospende anche l'*esistenza* stessa del rapporto giuridico (*das Dasein des Rechtsverhältnisses*), che si è voluto, *precisamente come fa la condizione.*

---

[4] *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts,* II-4 (Aufl., 1876) § 83 (p. 89 segg.) N. 6, 7. — Il SIMÉON (*Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts,* § 4, p. 8) cita il COCCEJO come un antico precursore dell'UNGER (COCCEJI, *De conditione et die,* Heidelbergae 1674).

[5] L'ARNDTS, fra gli altri, accolse l'opinione dell'UNGER nelle ultime edizioni del suo *Lehrbuch der Pandekten* (3ª ed. e segg.) I, § 73, (v. ARNDTS-SERAFINI). Uno svolgimento abbastanza chiaro della questione, in senso favorevole all'UNGER, si trova nel BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten,* IV B., 1 Lief. (2 Aufl. nach dem Tode des Verfassers beforgt von LOTMAR-1892) § 551 (p. 206 segg.). Seguono pure la nuova dottrina: WENDT, *Lehrbuch der Pandekten* (Iena, 1888) § 57, p. 152; BARON, *Pandekten* (8 Aufl.-Leipzig, 1893) § 59, p. 110. Quanto all'opinione del WINDSCHEID, v. infra § 23, n. 3. — Fra i più recenti scrittori, che, con qualche modificazione, sostengono l'antica dottrina contro l'opposizione nuova, notiamo SIMÉON, op. cit. p. 7 segg.; DERNBURG, *Pandekten* I (3 Aufl.-1892) § 114, N. 6, 7, (p. 266). Gli argomenti pro e contra sono esposti dall'ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin,* nei §§ 54 segg. (2 Abth (1889) p. 422 segg.). Questo autore peraltro ci è sembrato, come è sembrato anche al PIETZKER (*Archiv für die civilistische Praxis,* LXXIV, p. 462: « *Ueber den Begriff der auf schiebenden Bedingung* »), che non abbia idee proprie abbastanza nette sull'argomento. — Come si vede anche da queste poche citazioni, la questione è tuttora molto viva fra i giuristi tedeschi.

Noi ci accostiamo all' opinione nuova, e confessiamo che l'antica ci riesce, dopo tutto, inintelligibile [6]. Il carattere distintivo tra l'efficacia del *dies* e della *conditio,* espresso in quel modo, rappresenta, a nostro modesto avviso, uno di quei principii convenzionali, che non hanno in se medesimi significato alcuno, e che non si comprendono senza passare in rivista i concetti più particolari, di cui quelli dovrebbero esser la sintesi. Essi sono quindi, il più delle volte, falsi, perchè inutili, dannosi anzi, in quanto possono confonder la mente, e guidarla ad applicazioni erronee.

§ 23.

Volendo esporre brevemente le idee, che ci siamo formati sull' argomento, in quanto abbiano una relazione coll' oggetto precipuo del nostro studio, crediamo bene accennare prima qual sia l'origine dell' opinione comune, e quale la giustificazione, che si pretende trovare nei testi romani. Ne citiamo alcuni.

Inst. *De verb. obl.* III, 15: — « § 2 .... id autem, quod in *diem* stipulamur, *statim* quidem *debetur*.... § 4 .... Ex conditionali stipulatione tantum spes est *debitum iri*.... »

L. 213. D. *De verb. signif.* L. 16: — [ULPIANUS] « *Cedere diem* significat incipere deberi pecuniam; *venire diem* significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; *ubi in diem,* CESSIT DIES, *sed nondum venit; ubi sub conditione,* NEQUE CESSIT *neque venit dies, pendente adhuc conditione.* »

Questi e simili a questi sono i testi, che sembrano dar ragione al concetto comune.

Ma, accanto ad essi, vi è un' altra categoria di testi, per la quale possono valer come tipi i seguenti:

L. 41 § 1 D. *De verb. obl.* XLV 1: — [ULPIANUS] « .... dies adjectus efficit *ne praesenti die* pecunia *debeatur.* »

L. 27 pr. D. *Qui et a quibus manum.* XL 9: — [HERMOGENIANUS] « In fraudem creditorum manumittitur, liberque esse prohibetur, *sive dies solvendae pecuniae iam* CESSIT, *sive in* DIEM vel sub conditione sit debitum » [1].

---

[6] In che senso diciamo questo apparirà più chiaro nel § 24.

[1] Cf. l. 26 D. *De stip. serv.* XLV, 3; l. 44, § 1 D. *De obl. et act.* XLIV, 7. § 23.

Adunque non è più vero che ciò, che è dovuto *in diem, statim debetur* e che, in tal caso, il *dies cessit* al momento della stipulazione. Come dai testi precedenti si poteva concludere che il termine sospende soltanto l'esecuzione, da questi è lecito indurre che differisce l'esistenza stessa del diritto.

Questa contradizione nel modo di esprimersi dei giureconsulti romani ci sembra rettamente spiegata dal WINDSCHEID [2], il quale poi, nella sostanza, come ben nota l'ENNECERUS [3], si accosta all'opinione dell'UNGER. Egli dice infatti che il *dies* sospende realmente il rapporto giuridico, ma siccome, d'altra parte, la *futura* esistenza di questo è pienamente sicura (*ist ihre kunftige Existenz vollkommen sicher*), in questo senso è detto dalle fonti qualche volta che il diritto già esiste (*dies cessit*), ma non è ancora eseguibile (*dies nondum venit*).

Possiamo dunque intanto ritenere che il pensiero reale dei giureconsulti romani è quello, che si trova nella seconda fra le due citate categorie dei testi: gli altri, della prima, contengono semplicemente un modo di dire, giustificato da un'osservazione, la quale rappresenta un termine medio conciliativo, e che, espressa colle parole di GAIO [4], suona così: « .... pecunia, quam in diem certum « dari stipulamur, *certum est eam debitum iri* [5], licet post tempus « petatur. »

§ 24.

Adunque, secondo anche la retta interpretazione dei testi romani, il *diritto* veramente *non esiste* fino a che *non* è *eseguibile,* ossia fino a che non è giunto il termine: il *dies,* come la *conditio,* sospende l'esistenza del diritto.

Però, volendo intender bene la fraseologia romana, che è in sostanza anche la moderna, occorre, secondo noi, fare una distinzione importantissima, la quale dovrebbe guidarci ad un'intuizione

---

(2) *Lehrbuch des Pandektenrechts* I, (6 Aufl, 1887) § 96, testo e N. 3, 4, 5.

(3) Op. cit. II § 34, p. 307. — Anche il SIMÉON l. c. enumera il WINDSCHEID tra i seguaci dell'opinione dell'UNGER.

(4) *Comm.* III, 124.

(5) L'espressione « debitum iri » indica chiaramente che *pendente die* il debito è *futuro,* ossia non esiste ancora.

esatta della teoria nel suo insieme, e delle conseguenze speciali per la questione che ci occupa.

Appena posto in essere un atto con una modalità sospensiva qualunque (*dies, conditio*), un rapporto giuridico, un *quid juris*, un diritto esiste subito [1]. Non è quel diritto, l'attribuzione del quale costituisce la sostanza, lo scopo ultimo dell'atto, per esempio il *diritto di riscuotere cento;* ma è appunto il *diritto ad acquistare, quando il giorno verrà, se e quando la condizione si verificherà, il diritto di riscuotere cento.* Questo secondo diritto *non puro, non semplice, non categorico,* come invece è il primo, si può, in confronto del primo, qualificare per *meno perfetto.*

Quindi si può dire che l'esistenza del diritto categorico e *perfetto* è sospesa tanto dal termine, quanto dalla condizione, mentre l'esistenza di un diritto *meno perfetto* non è sospesa nè dall'uno, nè dall'altra. Sotto questo aspetto intanto è chiaro che i romani, allorquando dicono (nella seconda categoria dei testi citati nel § precedente) che il *dies cedit* al momento in cui il termine o la condizione si verificano, intendono riferirsi all'esistenza ed all'acquisto del diritto perfetto.

Per cominciare a scoprire una differenza tra gli effetti concreti e normali delle due modalità, bisogna considerare la *forza,* per così dire, del diritto meno perfetto, il *grado di perfezione* sua in confronto del diritto perfetto.

Fintantochè la modalità sospensiva è pendente, ossia fintantochè esiste solo il diritto meno perfetto, è *certa* o no la *futura esistenza* del diritto perfetto? Quando il diritto meno perfetto esiste, è certo o no che esso si trasformerà in diritto perfetto?

Affinchè il diritto meno perfetto abbia questa qualità di essere *sicuramente trasformabile* [2] in diritto perfetto, sono necessarii due requisiti: 1.° che la modalità contenuta nel diritto meno perfetto sia certa quanto al suo verificarsi: vale a dire che si tratti di un

---

[1] Il Borgna (*Contributo alla dottrina delle determinazioni accessorie negli atti giuridici,* Vol. I, P. I, p. 16) ammette che il rapporto giuridico esiste subito, anche nel caso di atto condizionale; ma non distingue, come noi stiamo per fare, il rapporto giuridico, che sorge subito, da quello che rimane sospeso. Per caratterizzare questa distinzione, abbiamo immaginato le qualifiche di diritto *perfetto* e *meno perfetto:* non neghiamo che se ne possano forse immaginare altre più esatte.

§ 24.

[2] Negazione di questo carattere è la *condizionalità.* V. P. I, § 17.

dies, e non di una *conditio ;* 2.° che il diritto stesso (meno perfetto) sia *trasmissibile* agli eredi di colui, al quale è attribuito, nel caso di sua premorienza.

Con questo criterio, consideriamo separatamente i diritti nascenti da *contratto*, e quelli nascenti da *testamento.*

Nei primi è inutile parlare del secondo requisito, giacchè la trasmissibilità vi è sempre, qualunque sia la modalità sospensiva (*dies, conditio*) [3].

Perciò, quando la stipulazione contiene un *dies* (1.° requisito), appena posta in essere, il diritto meno perfetto, che comincia subito ad esistere, comprende in sè anche la certezza sulla futura esistenza del diritto perfetto [4]. Questo dal punto di vista teorico. Dal punto di vista pratico poi, ed anche da quello del linguaggio giuridico, si presentava ai giureconsulti romani il seguente problema: se colui, il quale aveva promesso di pagare *in diem*, ha pagato per errore *ante diem*, deve poter ripetere? È un fatto che *certum est debitum iri*, che egli un giorno sarà certamente obbligato a pagare, e, poichè *dolo facit qui petit quod redditurus est*, la ripetizione sarebbe iniqua. Ma d' altra parte, se il debito ancora non esisteva, par difficile negare la *condictio indebiti.* Come se n' esce? Evidentemente non c' è altro mezzo pratico che questo: dire che il *debitum* esisteva già, e colui, che ha pagato, era un *debitor* nel senso che non può ripetere. Così precisamente dice infatti PAOLO nella

> l. 10 D. *De condict. indeb.* (XII, 6): — « In diem debitor *adeo* debitor est ut ante diem solutum repetere non possit. »

Invece di dire che il debito era già esistente si poteva anche dire naturalmente, e si diceva infatti, che il *dies jam cessit.* Di guisa che la frase *dies cedit,* nella *prima categoria* di testi citati [5], rappresenta l'esistenza e l'acquisto del diritto meno perfetto collo speciale carattere della certezza intorno all' acquisto futuro del diritto perfetto, e colla conseguenza pratica di negare la *condictio indebiti,* in caso di anticipato pagamento.

Riguardo poi ai diritti, che nascono da testamento, e spe-

---

(3) § 4, Inst. *De verb. obl.* VI, 15.

(4) *Pendente die* come *pendente conditione* il debito è futuro (*debitum iri*). Ma nel primo caso soltanto SPES *est debitum iri,* (v. § prec. p. 65), nel secondo CERTUM *est debitum iri.*

(5) V. § prec.

cialmente da legato [6], allorchè esiste il diritto meno perfetto (cioè all' apertura della successione), per decidere se esso induca pure la certezza sulla futura esistenza del diritto perfetto, se sia *sicuramente trasformabile* in diritto perfetto, occorre distinguere e sapere se è *trasmissibile* o no, giacchè vi sono certe modalità (la *conditio* e il *dies incertus*), che impediscono, finchè pendono, codesta trasmissibilità, e perciò anche codesta certezza. Dal che deriva che la certezza sulla futura esistenza del diritto perfetto, la *sicura trasformabilità* del diritto meno perfetto, suppone e significa nei legati la *trasmissibilità* dello stesso diritto meno perfetto [7]. E perciò POMPONIO, nella l. 1 § 1 D. *De cond. et dem.* (XXXV, 1), altrove esaminata [8], volendo segnalare, come si rileva dal contesto, la diversità di effetti del *dies certus* di fronte al *dies incertus* ed alla *conditio,* in quanto il primo non impedisce la trasmissibilità del diritto nell' erede del legatario premorto, usa appunto l'espressione: *quia certum est* [*ea*] *debitum iri.*

Nei legati dunque l' acquisto del diritto meno perfetto colla certezza della futura esistenza del diritto perfetto ha lo speciale significato di *acquisto di un diritto trasmissibile.* Tale acquisto di un diritto al patrimonio di una persona, fatto in modo da poter trasmettere il diritto stesso ai proprii successori, ha una particolare importanza, in vista della quale i romani, sebbene si trattasse di un diritto meno perfetto, qualificavano codesto acquisto colla frase « *dies cedit* » [9]. Così questa frase viene in sostanza a corrispondere, anche nei legati, al « certum est debitum iri », come nella *prima categoria* di testi, relativi ai contratti, che abbiamo citato a modello.

Del resto che la formula « dies cedit » applicata al diritto meno perfetto nascente da legato, implica e significa pei romani la *tra-*

---

[6] Della istituzione d' erede parleremo a suo tempo (Sez. III), collegandola con quanto ora diciamo a proposito del legato.

[7] Si capisce quindi come la *condizionalità,* che è la negazione della *sicura trasformabilità* (v. sopra n. 2) corrisponda alla *non trasmissibilità.* Cf. P. I, § 17, p. 53.

[8] § 11, p. 23 segg.

[9] UNGER, l. c. N. 7 (p. 91): « *Dies cedit* bedeutet überhaupt nur ein « *festes* und *vererbliches* Recht auf die Erwerbung eines Rechts z. B. auf « ein Vermächtnisz erlangt haben ».

smissibilità[10], apparisce chiaro dalla osservazione seguente. Anche quando il legato è *sub die certo*, e però tale, che, a caso normale, dovrebbe affermarsi la *cessio diei* appena sorge il diritto meno perfetto, cioè alla morte del testatore, se, per il carattere personale del rapporto giuridico (diritto perfetto), a cui si riferisce (p. es.: usufrutto), questo diritto meno perfetto non è suscettibile di trasmissione agli eredi del beneficato, la *cessio diei* non si afferma in quel momento, ma si rimanda al sorgere del diritto perfetto: il *dies cedit* quando *venit*[11].

L. 1 § 3 D. *Quando dies ususfr. leg. ced.* VII, 3: — [ULPIANUS] « Item si ex die ususfructus legetur, dies eius nondum cedet, nisi quum dies venit; posse enim usumfructum ex die legari, et in diem, constat ».

L. 5 pr. § 1 D. *Quando dies legat. vel fideicomm. ced.* XXXVI, 2: — [IDEM] « Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. § 1. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies eius cedit; si vero post diem[12] sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit; nam huius dies non ante[13] cedit, utputa si ususfructus sit post annum relictum; hanc enim sententiam probamus ».

L. 2 *e. t.*: — [IDEM] « Si pure sit usufructus legatus, vel usus, vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit; idem et si ex die sit ususfructus relictus; »

l. 3 *e. t.*: — [IDEM] « nam, quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit ».

Lo proclama dunque espressamente ULPIANO in quest' ultima legge: nel legato di usufrutto, fino a che il diritto perfetto non

---

(10) Cf. FERRINI, *Legati e fedecommessi*, C. II, § 1, p. 377 e segg. — Importantissima la definizione che della *cessio* (προχώρησις) [diei] *legatorum* si legge nella *Parafrasi* attribuita a TEOFILO, (Lib II, tit. XX, § 20): « Προχώρησις ἐστι τῶν μήπω ληφθέντων λεγάτων ἡ εἰς κληρονόμους παραπομπή » (CESSIO *est legatorum, quae nondum percepta sunt, ad heredes* TRANSMISSIO).

(11) Cf. P. I, § 15, p. 39.

(12) S' intende « certum ».

(13) Cioè « ante *quam veniat* », ossia prima che il diritto sia perfetto. È chiaro dunque che del diritto meno perfetto non si dice che il *dies cedit* se non *se ed in quanto esso è* TRASMISSIBILE.

esiste, il ***dies non cedit,*** poichè, sebbene il diritto meno perfetto sia sorto, e sebbene contenga un *dies certus,* non avendo questo diritto il carattere della trasmissibilità agli eredi, sarebbe vano (*frustra est*) affermare, rispetto ad esso, la *cessio diei.*

Riassumiamo e concludiamo. L'opposizione sostanziale che si vuol vedere fra il *dies* e la *conditio,* in quanto il primo, per la natura sua, sospenda soltanto l'esecuzione, e la seconda l'esistenza stessa del diritto, non è giusta in teoria. Perchè l'esistenza del diritto meno perfetto non è sospesa nè dall'uno nè dall'altra, quella del diritto perfetto e dall'uno e dall'altra.

Invano si pretende sostenere codesta opposizione fondandosi su quei testi romani, nei quali è detto che la *conditio* sospende la *cessio diei,* mentre non la sospende il *dies.* I giureconsulti romani prendono la *cessio diei* in due significati diversi, secondo che la riferiscono al diritto perfetto o al diritto meno perfetto. — Nel primo significato intendono che il *dies cedit* quando il diritto perfetto esiste, e, siccome ben comprendono che l'esistenza di esso è sospesa anche dal *dies,* così pongono la *cessio diei* al momento della scadenza del termine (2.ª categ. di testi - pag. 65). — Nel secondo significato intendono che il *dies cedit* quando il diritto meno perfetto esiste collo speciale carattere di essere sicuramente trasformabile, in futuro, in diritto perfetto (*certum est debitum iri* - 1.ª categ. di testi - pag. 65).

Nei legati questo secondo significato si muta o meglio si determina in quello, non diverso, ma più concreto, di *acquisto di un diritto* (meno perfetto) TRASMISSIBILE.

Cessio diei e *trasmissibilità* sono dunque, nei legati, due concetti identici. La teorica del *quando dies legatorum cedat* è tutt'una colla teorica della trasmissibilità dei legati [14]. E perciò non è dato argomentare dall'una l'irrazionalità di una regola appartenente all'altra. Affermare che il *dies incertus,* razionalmente, non dovrebbe sospendere la *trasmissibilità,* perchè un *dies,* sebbene *incertus,* logicamente non deve sospendere la *cessio diei* equivale, in sostanza, ad affermare che il legato a termine incerto dovrebbe esser trasmissibile, perchè deve esser trasmissibile.

Adunque l'argomento scagliato *a priori* contro la regola romana dal Machelard, dal Boistel; l'argomento che, più o meno esplicitamente, vien riguardato da tutti gli scrittori come il massimo

---

[14] Nella P. I sono trascritti *passim* molti testi, che confermano chiaramente questa proposizione. V., p. e., pagg. 23, 44, 48, 49.

degli ostacoli razionali alla regola stessa, e che è tratto dalla dottrina generale del *dies* e della *conditio*, e dei loro effetti sulla *cessio diei:* questo argomento, si riduce, in ultima analisi, ad un circolo vizioso, ad un *idem per idem.*

§ 25.

Le cose dette fin qui circa le relazioni fra il *dies* e la *conditio* ci richiamano alla mente l'opinione sostenuta dall'ADICKES[1], il quale, invece di un rapporto di contradizione, come vorrebbe la dottrina comune, scorge fra quelle due autolimitazioni della volontà (*Selbstbeschränkungen des Willens*) — così egli le chiama — un rapporto di identità, o quasi. Secondo lui, *termine* e *condizione* non sono che sotto-specie di un medesimo concetto (*Unterarten eines Begriffs*), del concetto di « dipendenza della giuridica efficacia della dichiarazione di volontà da una circostanza » (*das Abängigmachen der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung von einem Umstande*): infatti l'arrivo di un giorno stabilito (*dies*) è una circostanza, precisamente come il verificarsi di un avvenimento, di cui l'evento era incerto (*conditio*).

Non comprendiamo perchè il WINDSCHEID[2] senta il dovere di protestare energicamente contro questa novità (*man musz energisch protestieren gegen solche Neuerung*), e sopratutto non intendiamo perchè egli accusi l'Adickes di porsi in contradizione col linguaggio comunemente usato. L'Adickes in realtà enuncia un concetto teorico, e non altera nè tocca affatto il significato delle parole. Ci sembra daltronde che lo stesso Windscheid avrebbe dovuto giudicare molto opportuna una teoria fondata sulla ragione, in quanto si contrappone in certo modo ad un'altra fondata appunto sopra l'inesatta e troppo letterale interpretazione di espressioni del linguaggio giuridico comune.

Queste le considerazioni, che abbiamo stimato necessario di brevemente esporre intorno ai caratteri della condizione e del termine, per mostrare come non si riscontri di fatto tra queste due

---

§ 25. [1] *Zur Lehre von den Bedingungen nach römischem und heutigem Recht* (Berlin, 1876) §§ 3, 4, 5 (p. 26 segg.).

[2] § 96, N. 1.

modalità una tale intrinseca contradizione, da rendere impossibile l'attribuire un effetto proprio dell' una ad una specie qualunque dell' altra [3].

§ 26.

Del resto, quando anche questa pretesa contradizione intrinseca, di natura e di effetti, tra il *dies* e la *conditio* esistesse, affinchè potesse da ciò risultare inammissibile la non trasmissibilità del diritto prodotta da una specie di *dies* (il *dies incertus*), bisognerebbe, fra l'altro, fosse dimostrato che questo *produrre la non trasmissibilità del diritto* è appunto un effetto inerente e strettamente connesso alla natura della condizione. Ma così non è. Poichè, se fosse, dovrebbe tale effetto seguire necessariamente la condizione in tutti gli atti giuridici: mentre noi vediamo che l'accompagna nei legati, l'abbandona nei contratti [1].

---

[3] L' idea che la *condizione* (a differenza del *termine*) sospenda, oltre il rapporto giuridico, anche la *volontà* e quindi l'*atto* giuridico, è ormai, dopo lunga questione, abbandonata da quasi tutti gli scrittori più recenti. Fra i sostenitori di essa vuol essere annoverato l'ARNDTS (v. ARNDTS-SERAFINI, § 66 N. 2), combattuto specialmente dal WINDSCHEID (§ 86 N. 3a), il quale ultimo ci offre anche un' ampia bibliografia della questione. Cf. pure ENNECERUS, op. cit. I, § 19, p. 175 segg.; BRINZ-LOTMAR l. c.; DERNBURG, I, § 105, p. 247. — Senza addentrarci nell'argomento — e davvero non sarebbe il caso —, ci contentiamo di notare come l'osservazione, da alcuni reputata decisiva, che *deficiente conditione,* l'effetto giuridico non s' avvera, perchè appunto, per questo caso, *non* s' è *voluto* (inesistenza di volontà), non ha invece influenza di sorta: giacchè resta sempre vero che si è *voluta la* DIPENDENZA *dell'effetto giuridico dalla condizione:* dunque una volontà vi è stata. — Molto esattamente il BARON, *Pand.* (1893) § 52, p. 98-99: « Durch die « Bedingung wird die Wirksamkeit des Willens von einem Umstand abhän« gig gemacht, d. h. der Wille, von welchem das Rechtsgeschäft getragen « wird, existirt zwar, aber er existirt nicht schlechtin, sondern in der Weise, « dasz er einen ungewissen Umstand zum Grunde der Rechtswirkung macht. »

[1] Vi è anzi qualche legislazione, che, pur mantenendo il concetto romano della *conditio,* non le attribuisce tale effetto nemmeno nei legati. V. anche P. III, § 49. Giustamente l'ADICKES (op. cit. § 11, p. 165): « So« weit jedoch bedingte Legate in der That unvererblich sind, ist hierin « lediglich eine positive römisch-rechtliche Satzung zu finden, welche der « höchstpersönlichen Natur der Legate, NICHT ABER EINER BESONDERHEIT DER « BEDINGUNG ENTSPRUNGEN IST. Und das eigentliche Wesen des bedingten

§ 26.

Anche prescindendo dai precedenti discorsi, basterebbe questa ultima considerazione a persuaderci che l'unica via per risolvere il problema circa la razionalità della regola *Dies incertus*.... si è di fare astrazione da ogni preconcetto generico e dommatico intorno ai rapporti fra il *dies* e la *conditio;* e quindi serenamente e positivamente ricercare dapprima per quali ragioni il legato condizionale non è trasmissibile, per vedere dipoi se le stesse ragioni concorrano nel legato a giorno incerto.

« Legats wird in keiner Weise berührt, wenn, wie im Preussischen Lan-« drecht, auch bedingte Vermächtnisse allgemein vererblich sind ». — Nelle istituzioni d'erede poi quasi tutte le legislazioni moderne (non compresa l'italiana) hanno tolto quella differenza di trattamento, che il diritto romano faceva tra il *dies* (*certus*) e la *conditio*. V. P. III, § 49.

SEZIONE II. — Fondamento razionale della dottrina romana sul *dies incertus* nei legati.

CAPITOLO III.

La conditio *e il* dies certus *nei legati.*

SOMMARIO.

§ 27. La non trasmissibilità del legato *sub conditione* è fondata sopra una presunzione di volontà. — § 28. Questa presunzione si basa sull'*intuitus personae,* che domina nelle disposizioni testamentarie, e che giustifica la diversità di trattamento della condizione nei contratti e nei testamenti. — § 29. Come si giustifica la diversità di effetto della *conditio* e del *dies certus* nelle stesse disposizioni testamentarie? Importanza del problema. Critica della giustificazione accennata dal Savigny. — § 30. Dimostrazione nostra. Elementi da tenersi in conto. — § 31. *Continua.* Determinazione del problema circa la trasmissibilità del legato. — § 32. *Continua.* Soluzione del problema relativamente al legato a termine certo. — *Appendice al § 32.* [Sui varii sistemi per calcolare lo sconto]. — § 33. *Continua.* Soluzione relativamente al legato sotto condizione.

§ 27.

Se si dovesse aver riguardo al fatto che il principio romano, in virtù del quale la condizione pendente impedisce la trasmissibilità del diritto al legato, è stato accolto in tutte le principali legislazioni moderne, ad eccezione soltanto del *Landrecht* prussiano [1], potrebbe qualcuno concludere che il motivo razionale di esso deve essere così intuitivo, da non ammettere la possibilità del dubbio.

Ad una conclusione affatto opposta potrebbe venire chi considerasse invece la straordinaria varietà delle opinioni, che i varii autori — quantunque generalmente concordi intorno alla ragionevolezza del principio, ed anche ai criterii fondamentali, che lo infor-

[1] V. § prec. n. 1, e P. III, § 49.

mano — hanno emesso, allorchè si sono provati a ricercarne il motivo concreto.

Però questi due fatti, che, singolarmente considerati, portano a conseguenze opposte, al contrario, messi a confronto, ci sembra conducano ad una medesima ipotesi, accettata la quale, essi sarebbero perfettamente giustificati e conciliati: che cioè la ragione del principio consista in una di quelle verità logiche, che sono difficili a negarsi, ma non si presentano neanche facili ad essere comprese con esattezza e chiaramente spiegate.

La quale induzione nostra riceverebbe, crediamo, una piena conferma, se noi potessimo qui intraprendere l'esposizione e la critica delle singole opinioni: il che peraltro, mentre ci distrarrebbe troppo dallo scopo principale del nostro studio, non avrebbe forse nemmeno, di per sè, una grande utilità scientifica. Chi volesse trovare riunite molte di queste opinioni diverse, specialmente degli scrittori tedeschi, ed accompagnate anche da una certa critica, sebbene spesso unilaterale, potrebbe consultare la monografia dello STROHAL intitolata appunto « Transmission *pendente condicione* » (2).

Questo autore divide coloro, che si sono occupati della questione, in due gruppi:

1.° di quelli che hanno trovato il fondamento della massima romana nella presunta volontà del testatore (*in dem vermuthlichen Willen des Erblassers*);

2.° di quelli che hanno creduto di trovarlo altrove (*anderswo*).

Peraltro chi vorrà ben considerare le opinioni anche di coloro, che sono classificati nel secondo gruppo, si persuaderà come non si possa a rigore affermare, neppur di essi, che assolutamente repudino l'elemento della volontà del testatore: ma piuttosto si debba riconoscere che quasi lo presuppongano per le loro spiegazioni. Anzi osiamo dire che lo stesso Strohal, il quale dal canto suo si pone fra questi, implicitamente lo ammette.

E valga il vero. Egli (3) prende le mosse dal fatto che la *testa-*

---

(2) Graz, 1879 — p. 25 segg.

(3) P. 41 e seg. — Noi critichiamo soltanto la spiegazione dello STROHAL, anche perchè la critica di tutte le altre è fatta da lui medesimo. Fra i suoi compagni di gruppo, da lui pur confutati, notiamo lo SCHEURL (v. infra § 35). — Avvertiamo che la giustificazione proposta dallo STROHAL si riferisce solo al diritto romano, perchè egli non crede il principio della non trasmissibilità del legato condizionale giustificabile in diritto moderno. V. infra P. III, § 49, n. 3.

mentifactio passiva era richiesta nel beneficato alla morte del testatore, e ne deduce che logicamente doveva esser richiesta anche nel momento, in cui la condizione si adempisse. Ora — soggiunge — se il beneficato in questo momento era morto, non poteva certamente avere la testamentifazione, e perciò nessun diritto poteva acquistare nè trasmettere ai proprii eredi. — Lasciando da parte le altre valide obiezioni, che si potrebbero muovere contro questa spiegazione, in modo da ridurla, come tutte quelle simili, ad una *petitio principii,* limitiamoci a considerare questa sola, preveduta dallo stesso Strohal: che cioè il medesimo ragionamento da lui fatto pei testamenti, applicato alle stipulazioni, in quanto sia in esse pur necessaria la capacità nello stipulante al momento del contratto, porterebbe a richieder tale capacità anche al verificarsi della condizione, e perciò a proclamare anche qui il principio della non trasmissibilità: mentre in fatto vige il principio contrario.

Nella risposta che lo Strohal dà a questo obietto consiste la negazione di ciò, che egli aveva creduto potere espressamente affermare. Dice che mentre, nelle stipulazioni, la capacità quando si adempie la condizione vale indifferentemente, o si trovi nello stipulante, o nell' erede di lui, e però la premorienza di quello non nuoce; al contrario negli atti *mortis causa* la *testamentifactio* passiva è d' uopo sia una *proprietà personale* di colui, a vantaggio del quale, secondo la *volontà del testatore* (*nach dem Willen des Erblassers*), deve andare il beneficio.

E così l' egregio professore di Graz, in ultima analisi, per dare un punto d' appoggio alla propria spiegazione, si trova costretto a ricorrere al carattere personale delle disposizioni testamentarie, alla volontà di beneficare esclusivamente una determinata persona, a quell' *intuitus personae* [4], che è appunto il mezzo, col quale gli scrittori dell' altro gruppo giustificano naturalmente la presunzione di volontà contraria alla trasmissibilità del legato condizionale.

Dobbiamo del resto notare, ad onor del vero, come il concetto che la non trasmissibilità del legato condizionale dipenda unicamente da una presunzione circa la volontà del disponente, sebbene spesso disconosciuto nell' applicazione, è nondimeno ormai quasi universalmente proclamato dalla scienza giuridica [5]. Ed è concre-

---

[4] V. § seg.

[5] Cf. ENNECERUS op. cit. II, § 54, p. 423. — A noi sembra chiaro che porre il motivo della non trasmissibilità del legato condizionale nella *volontà*

tamente manifestato col dire che, quando ad una disposizione di ultima volontà è apposta una condizione, l'interpetrazione legale testamentaria aggiunge a quella espressa un'altra tacita: la condizione che il beneficato sia in vita allorchè si verificherà l'avvenimento [6]. Basta citare un'opera legislativa e scientifica insieme, altrettanto importante quanto recente: i motivi al progetto di codice civile per l'impero germanico [7]. I quali, nel vol. v (p. 24), qualificano il principio di cui si tratta come una regola d'interpetrazione (*Auslegungsregel*), e, nel vol. I (p. 256), parlano allo stesso proposito di una doppia condizione (*eine zwiefache Bedingung*). Dice benissimo il nostro PESCATORE [8]: quando ad una disposizione testamentaria troviamo apposta una condizione, p. es.: *si navis ex Asia venerit,* una regola legislativa d'interpetrazione ci obbliga ad immaginarvi scritta di seguito quest'altra: *et, quum venerit, amicus meus* (il legatario) *adhuc in vivis versabitur* [9].

---

del testatore debba voler dire non considerare la non trasmissibilità come un effetto necessariamente inerente alla *natura* della condizione. Eppure mentre l'accordo sul primo punto, siccome avvertiamo nel testo, si può dire ormai quasi raggiunto, sul secondo è ben più lontano (v. cap. preced.). Peraltro è inevitabile, col progredire della scienza, il trionfo della logica.

(6) V. P. I, cap. v, § 17.

(7) *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (Berlin und Leipzig, 1888).

(8) *Filosofia e dottrine giuridiche* I, p. 178.

(9) Una volta stabilito che la non trasmissibilità del legato *sub conditione* è fondata sopra una presunzione di volontà, dovrà il legato stesso ritenersi trasmissibile allorquando il testatore abbia dichiarato di volerlo? La risposta affermativa, che è data dall'opinione più comune, ci sembra anche la risposta logica. Vedi in proposito il dubbio del MAASSEN (*Ueber die Rechtsregel* ecc., in fine). — Il Progetto germanico (*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich* (1888) § 1761) è chiaro pure nel senso affermativo, poichè soltanto *nel dubbio* circa la volontà del testatore applica la *regola d'interpetrazione*, che fa giudicare questa volontà come contraria alla trasmissibilità del legato condizionale: « Ist einer Zuwendung, welche « durch letzwillige Verfügung erfolgt (letzwillige Zuwendung), eine aufschie- « bende Bedingung beigefügt, so ist IM ZWEIFEL anzunehmen, dasz die Zu- « vendung unwirksam verden solle, wenn der Bedachte die Erfüllung der « Bedingung nicht erlebe ». — V. P. III, § 54, n. 2.

§ 28.

Andiamo avanti: ricerchiamo cioè la ragione, per la quale si presume nel testatore una tal volontà.

In questa ricerca è necessario tener conto di due fatti certi:

1.° la volontà contraria alla trasmissibilità non si presume nei disponenti allorchè trattasi di atti *inter vivos* condizionali;

2.° nelle stesse disposizioni *mortis causa* non si presume nel caso del *dies certus* (*an et quando*).

Occorre dunque investigare la ragione della diversità di effetto della condizione nei contratti e nei testamenti, e della diversità di effetto della *conditio* e del *dies* (*certus*) nelle medesime disposizioni testamentarie, affinchè resulti completo ed esauriente quel fondamento razionale, che noi cerchiamo. Facile sarebbe il dimostrare, a chi avesse l'opportunità di istituire una analisi accurata delle spiegazioni dei varii autori, come esse riescano insufficienti od errate appunto perchè trascurano l'uno o l'altro di quei due elementi, dei quali non è possibile logicamente fare a meno.

Prendiamone due, che possono servir come tipi. La prima si può leggere p. e. nel FORTI [1].

« Le condizioni, siccome rendono incerto, finchè pendono, se « il legatario abbia o no ad avere il legato, non solo impediscono « al legatario di domandarlo, ma fanno anche sì che nessun diritto « si radichi in lui, e nessun diritto trasmetta, se manca prima della « verificazione della condizione ».

Ma anche nelle stipulazioni condizionali — facilmente si osserva — è incerto, finchè pende la condizione, se lo stipulante abbia o no ad avere ciò che ne forma l'oggetto: eppure egli trasmette al proprio erede la *spes debitum iri*.

La seconda è quella, di cui più comunemente si appagano gli

---

[1] *Dei legati*, § 223, p. 193. (FORTI, *Trattati inediti di giurisprudenza*, Firenze, 1864). § 28.

« è apposto un *giorno del calendario*] nel suo rapporto con la
« coscienza di colui, che acquista il diritto, troviamo che per questo
« nulla vi ha di incerto. Egli conosce non solo la esistenza del di-
« ritto, ma eziandio, ed esattissimamente, la estensione ed il *valore*
« di esso. Può anche constatarsene il *valore presente* mediante un
« *calcolo di sconto,* e se ne può avere anche *immediatamente il*
« *godimento* col farne la vendita per questo valore accertato. Ond' è
« che la certezza contenuta in questa disposizione non viene esclusa
« neppure per un termine così remoto da essere impossibile che il
« creditore vi sopravviva, imperocchè questa circostanza non gli
« impedisce di computare un tal diritto in tutti i suoi calcoli e in
« tutte le sue disposizioni pel futuro ».

In sostanza, riassumendo e completando il pensiero del Savigny con idee da lui medesimo espresse altrove su questo tema [4], si può dire che, nel caso di legato a termine certo, l'*intuitus personae* è pienamente soddisfatto, anche se la persona che si è voluto beneficare non sopravviva al termine stabilito, giacchè fino dall'apertura della successione quel legato rappresenta per la persona stessa un *valore attuale* determinabile con un semplice calcolo, che può essere immediatamente goduto ed eziandio liquidato mediante alienazione.

Del resto la contrapposizione di questa specie di legato al legato condizionale, sebbene non fatta espressamente dal Savigny, risulta abbastanza chiara nel concetto suo [5], ed in quello di altri scrittori, che lo hanno seguito [6]. Infatti era ovvio l' osservare che in quest' altra specie non si può, come nella prima, determinare *con un semplice calcolo di sconto*, all'apertura della successione, il valore attuale del diritto.

---

[4] Cf. l. c. n.° I B: « Nei legati il termine fissato in un giorno del ca-
« lendario è efficace senza difficoltà, di guisa che il diritto al legato viene
« acquistato (*dies cedit*) al giorno della morte [del testatore], e ne rimane
« differito soltanto il godimento (*dies venit*). La natura strettamente per-
« sonale di tutte le successioni a causa di morte non è d'ostacolo a ciò:
« imperocchè il legatario, anche se non sopravvive al giorno, in cui inco-
« mincia il godimento, può tuttavia comprendere il legato con sicurezza nelle
« sue disposizioni ».

[5] Cf. la contrapposizione che fa lo stesso Savigny del termine incerto al termine certo. Riportiamo il passo infra § 36, p. 106 — V. anche sopra § 28, n. 2.

[6] Machelard, o. c. p. 545 (delle *Dissertations;* 328 della *Revue*), spec. n. 1.

Però — è opportuno domandare a questo punto — può dirsi forse in tal guisa chiarita la ragione, per la quale, nel legato a termine certo, l'*intuitus personae,* che domina le disposizioni testamentarie, non impedisce la trasmissibilità, mentre la impedisce nel legato condizionale? Poche considerazioni basteranno a giustificare la risposta negativa, che noi diamo a questa domanda.

Nel legato a termine certo — si dice — l'*intuitus personae* è in ogni modo soddisfatto, in quanto la persona avuta in mira dal disponente *ha goduto,* fino dall'apertura della successione, di una utilità effettiva ed attuale.

Ora, affinchè apparisse spiegabile, semplicemente colle idee finora esposte, la diversità di effetti giuridici del *dies certus* e della *conditio,* bisognerebbe che nel caso di legato condizionale si potesse affermare il contrario. Occorrerebbe, cioè, si potesse dire, in questo caso, che la persona avuta in mira dal disponente NON *ha goduto,* fino dall'apertura della successione, per effetto del legato, di nessun valore, di nessuna utilità effettiva ed attuale.

Ma ciò non si può dire, perchè non è. Infatti un diritto, per quanto sottoposto a condizione, ha di certo, attualmente, e prima che la condizione si verifichi, un valore effettivo e commerciale. Riguardo al modo di calcolare questo valore, avremo occasione di discorrere in seguito [7], ma l'esistenza di esso si può affermare, senz'altro, incontestabile. Sarà questo valore eguale *pendente conditione* a quello che sarà *conditione existente?* No certo: come il valore del diritto subordinato ad un *dies* non è *die pendente,* non è attualmente quello che sarà *die existente.* In ambedue i casi vi è nel valore attuale, di fronte al valore futuro (che poi è il valore dell'oggetto del diritto, ossia del legato) [8], una differenza in meno, determinata nell'uno dalla *possibilità che la condizione non si verifichi,* nell'altro dalla *dilazione:* ma un valore attuale, effettivo e fruibile, esiste in entrambe le ipotesi. Anzi, spesse volte, a parità di valore dell'oggetto, il valore attuale potrà essere maggiore nel caso di condizione che non in quello di termine certo, in quanto la probabilità che la condizione non si verifichi può esser *minima,* e *massima* invece può essere la dilazione.

Adunque la ragione della diversità di effetti del *dies certus* e della *conditio* non può ricercarsi nel godimento di un valore, di

---

(7) § 33.

(8) V. *Appendice al § 32.*

una utilità effettiva attuale da parte della persona beneficata, che si riscontra, *die pendente,* appena morto il testatore: perchè questo godimento, nello stesso modo, nello stesso tempo, ed a favore della persona medesima, si riscontra anche *conditione pendente* [9].

§ 30.

Peraltro, se gli effetti prodotti dal *dies* e dalla *conditio* sul valore del legato, ossia gli effetti economici, sono in questo momento, dell' aperta successione, e sotto l' aspetto considerato fin qui, identici, e quindi insufficienti a spiegare la diversità di effetti giuridici, ciò non significa davvero che la identità di effetti economici debba trovarsi necessariamente, in qualunque momento, e sotto qualunque aspetto si consideri il legato. E noi ci proponiamo appunto, accettando dal Savigny l' idea generica che debbasi aver riguardo agli effetti economici della modalità apposta al legato, di fondare la dimostrazione nostra sopra un ordine diverso di considerazioni, col quale crediamo di poter raggiungere quella spiegazione soddisfacente, che abbiamo visto non potersi ottenere col semplice svolgimento del concetto espresso dall' illustre giureconsulto.

A tale oggetto è necessario tener ben presenti e *porre in diretta relazione fra loro* questi tre elementi: il *valore del legato,* ossia dell' utilità prodotta dal legato, l'*intuitus personae,* la *trasmissibilità;* cominciando dallo stabilire in qual modo concreto ciascuno di essi debba essere considerato.

1.° Il valore del legato. — Abbiamo visto esser merito del Savigny l' aver posto attenzione a questo elemento. Però il Savigny e gli scrittori posteriori lo hanno considerato solamente in quanto il legato produca un' utilità, un beneficio, un valore fruibile a vantaggio della persona che si è avuta in mira nella disposizione. Invece, siccome l' elemento medesimo deve esser posto in relazione

---

[9] In sostanza noi crediamo di aver dimostrato, a questo punto, che nessuna delle spiegazioni date fin qui circa la differenza di effetti della *conditio* di fronte al *dies certus,* nei legati, è soddisfacente. Quindi, se volessimo seguire il ragionamento fatto dal Boistel relativamente al *dies incertus* (v. sopra § 8, p. 18, n. 4), dovremmo concludere che questa differenza non esiste nella legislazione positiva: ossia che il legato condizionale è trasmissibile! Invece noi crediamo di dover cercare e di poter trovare la spiegazione soddisfacente tanto per la *conditio* quanto per il *dies incertus.*

col terzo, quello della trasmissibilità, che è poi l'elemento in questione, noi crediamo necessario ed intendiamo considerarlo in quanto, specialmente, il legato produca, o possa produrre, un valore fruibile, un beneficio a colui, a vantaggio del quale si opererebbe eventualmente la trasmissione, ossia al trasmissario eventuale, all'erede del legatario.

2.° L'*intuitus personae.* — Il concetto racchiuso in questa espressione fu già spiegato: *la volontà di beneficare è diretta verso una persona* DETERMINATA, ossia è diretta *verso la persona nominata nella disposizione, e non verso l'erede* (trasmissario) *della persona stessa.* Soltanto inteso così, l'*intuitus personae* ha un senso, specialmente quando si tratta di risolvere con esso una questione di trasmissibilità. — Ma non è forse stato concepito da tutti gli scrittori in tal guisa l'*intuitus personae?* Sì, in astratto, ma in concreto, vale a dire quando si è trattato di applicare il concetto alla questione, che ora ci occupa, esso è stato perduto di vista. Basterà, per convincersene, richiamare l'esposto ragionamento del Savigny e dei suoi seguaci. Essi dicono che nel caso di legato a termine certo l'*intuitus personae* è, in ogni modo, pienamente soddisfatto, in quanto la persona nominata nella disposizione, gode di un valore, di un benefizio, appena si apre la successione. E così evidentemente trascurano la parte negativa, che è sostanziale nel concetto di *intuitus personae* [1], trascurano di tener in conto che la volontà di beneficare *non è diretta verso l'erede del legatario.* Poichè, quando così completamente s'intenda l'*intuitus personae,* non basta, per poterlo dichiarare soddisfatto, che un benefizio qualunque risenta il legatario, ma occorre altresì constatare, che nessun altro benefizio diretto, non prima goduto da esso legatario, venga a godere l'erede di lui.

3.° La trasmissibilità. — Dall'esame degli altri due elementi è risultato in quale rapporto stia con essi quest'ultimo, che è quello in questione, e come il rapporto stesso non sia stato considerato fin qui da coloro, che ragionarono sull'argomento.

[1] Che nel concetto di *intuitus personae* sia sostanziale o principale l'elemento negativo ci sembra indubitabile. *Intuitus personae* e *carattere strettamente personale* delle disposizioni testamentarie significa infatti questo: che si dà la preferenza all'aspetto *personale* o *subiettivo* (subietto passivo del beneficio) sull'elemento *obiettivo:* non si guarda tanto a ciò che si attribuisce (più o meno), quanto all'attribuirlo *esclusivamente* ad una *determinata persona.* V. anche sopra § 28, p. 80. § 30.

§ 31.

Dopo queste osservazioni, ci sembra evidente che la questione proposta circa la razionalità della disposizione di legge, che dichiara non trasmissibile il legato sotto condizione, mentre ammette la trasmissibilità di quello a termine certo, viene a trasformarsi e determinarsi nel seguente quesito:

Il principio della trasmissibilità ammesso in tema di legato a giorno certo e di legato sotto condizione produce forse, o potrebbe produrre, a vantaggio dell' erede del legatario, un beneficio diretto, che non sia mai stato nella fruibilità, nel patrimonio del legatario stesso, urtando per tal modo contro l' altro principio dell' *intuitus personae?*

Se riusciremo a dimostrare, come speriamo, che la risposta a siffatta domanda deve esser logicamente *negativa* pel *termine certo,* ed invece *affermativa* per la *condizione,* ossia che la *trasmissibilità* non urta nel primo caso coll' *intuitus personae,* mentre urterebbe nel secondo, ci lusingheremo di avere esaurito il gravissimo argomento.

Crediamo frattanto superfluo avvertire che la possibilità di dubitare circa la risposta, di cui si tratta, sorge soltanto nell' ipotesi che il termine certo arrivi e la condizione si verifichi dopo la morte del legatario: giacchè, se al contrario il termine giungesse o si avverasse la condizione mentre il legatario è tuttora in vita, oppure la condizione venisse a mancare assolutamente, le conseguenze dell' ammettere o no la trasmissibilità del legato non potrebbero essere che affatto indifferenti.

Ed ora esaminiamo distintamente i due casi: del termine certo e della condizione.

§ 32.

Il valore del legato a TERMINE CERTO si determina, come dice il SAVIGNY, fino dalla morte del testatore mediante un calcolo di sconto [1]. Questo valore andrà sempre aumentando a misura che

§ 32. [1] V., in fine al §, l'*Appendice.*

si avvicina l'epoca della scadenza, e, considerando un momento qualunque di questo decorso di tempo, la differenza fra il valore attuale e il valore ultimo o nominale, rappresenterà sempre l'interesse della somma, che costituisce il valore attuale, da maturarsi durante il tempo che manca per giungere alla scadenza.

Ora supponiamo — ed è questo, come abbiamo osservato, uno dei dati del quesito — che *pendente die* muoia il legatario. In tale istante il diritto, che dal legato scaturisce, ha un certo valore[2], il quale passa identico dalla fruibilità, dal patrimonio del legatario nella fruibilità, nel patrimonio dell'erede di lui.

In seguito questo valore aumenta, fino a che, venuto il termine prefisso, uguaglia il valore nominale, in quanto l'erede del legatario ha diritto di esigere l'intiero oggetto del legato.

Ma qual'è la natura economica di questo aumento? Già lo abbiamo visto: esso sta a rappresentare l'interesse, il frutto accumulato del valore del legato, quale fu trasmesso dal legatario. È dunque l'aumento medesimo tutt'altro che un beneficio direttamente proveniente dal legato ed estraneo al patrimonio del legatario: è invece — lo ripetiamo ancora — nè più nè meno che il frutto di quel capitale, che dal patrimonio del legatario passò in quello dell'erede di lui insieme cogli altri cespiti patrimoniali. L'erede trova questo capitale naturalmente e normalmente aumentato colla medesima proporzione, colla quale troverà aumentato qualunque altro capitale o cespite, proveniente dai beni del suo autore, e di cui non abbia nel frattempo consumati gl'interessi, come non li ha consumati di questo, lasciandone così operare il cumulo fino a quell'epoca.

La stessa dimostrazione si può fare, valendosi di espressioni algebriche.

Sia s la somma legata. Il legatario muore quando manca un numero t di anni[3] alla scadenza del termine apposto al legato.

Chiamando d lo sconto della somma s per il tempo t, alla morte

---

[2] Per studiare l'influenza della *trasmissibilità* è naturale che ci fermiamo a considerare il valore del legato in questo *momento della trasmissione*, anzichè, come fa il Savigny, all'apertura della successione. Del resto, se si volessero confrontare i valori di questi due momenti, si dovrebbe dire, come sempre, che quello posteriore corrisponde a quello anteriore sommato col proprio interesse per il tempo intermedio. (V. *Appendice* n. 9).

[3] Si prende l'anno come periodo normale della maturazione dei frutti, sul quale anche si calcola lo sconto.

del legatario si troverà nel suo patrimonio, per effetto del legato, un valore $s-d$, il quale passerà identico nel patrimonio dell'erede di lui.

Quando sarà trascorso il tempo t, l'erede avrà diritto di riscuotere il legato ossia tutta la somma s, e troverà così aumentato della quantità d il valore del legato, in confronto di quello che era al momento della trasmissione. Ma d non è altro che l'interesse della somma $s-d$ per il tempo t. Qualunque altro capitale, che, sotto qualunque titolo, si fosse trovato nel patrimonio del legatario, e da questo fosse passato in quello dell'erede di lui, avrebbe subito, nel contempo, analogo aumento. Per l'erede del legatario codesto beneficio non deriva direttamente dal legato, ma è il frutto di patrimonio ereditario risparmiato.

Volendo corredare il nostro ragionamento con formule, che possano servire agli esempii pratici, si può, chiamando i la tassa percentuale di sconto, giungere alle seguenti formule [4]:

$$s-d=\frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^t}$$

$$d=s-\frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^t}.$$

Un esempio numerico [5] si può avere, facendo $s=300$, $t=3$, $i=5$. Ecco i risultati [6]:

$$s-d=259{,}15$$

$$d=40{,}85.$$

---

[4] Troverebbe qui naturalmente luogo la nota, che, per la sua estensione, poniamo come *appendice* al presente paragrafo.

[5] Per calcolare numericamente le formule sopra stabilite, sarà opportuno, e quasi necessario, il più delle volte, valersi dei logaritmi. Secondo le note regole di questi, si avrà:

$$\log(s-d)=\log\left(\frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^t}\right)=\log s-\log\left(1+\frac{i}{100}\right)\times t.$$

Essendo dato il valore numerico di s, i, t, mediante la suddetta formula logaritmica, e servendosi delle tavole, si avrà nei singoli casi il valore numerico di $s-d$, e conseguentemente di d.

[6] Secondo le norme esposte nella nota precedente, sarà in questo esempio numerico:

In conclusione il legato, a cui sia apposto un *dies certus* (*an et quando*), giustamente è dichiarato trasmissibile, perchè la trasmissibilità, in questo caso, lungi dall'urtare contro l'*intuitus personae,* lo soddisfa anzi pienamente (7).

APPENDICE AL § 32 (1)

Sui varii sistemi per calcolare lo sconto.

Per giungere a stabilire le formule algebriche esposte sopra a pag. 88, è necessario preventivamente decidere a quale intendiamo attenerci fra i varii sistemi, che esistono per calcolare lo sconto.

Premettiamo che lo *sconto* (*interusurium, commodum medii temporis* o *commodum repraesentationis*) è la differenza tra il valore di un credito (intendendo per credito qualunque diritto che abbia per oggetto una utilità pecuniaria) in un dato momento precedente al termine della scadenza, ed il valore dello stesso credito in un momento dato posteriore al primo (2). Quando il momento posteriore dato è precisamente il termine della scadenza (ed ecco il caso in cui si presenta normalmente il problema dello sconto),

---

$$\log (s - d) = \log 300 - \log 1{,}05 \times 3.$$

Dalle tavole logaritmiche resulta:

$$\log 300 = 2{,}47712$$
$$\log 1{,}05 = 0{,}02119.$$

Quindi:

$$\log (s - d) = 2{,}41355.$$

Ma il numero corrispondente a questo logaritmo è, secondo le tavole, 259,15. Dunque:

$$s - d = 259{,}15.$$

(7) Data la tramissibilità del legato a termine certo, il valore del legato è, fino dalla morte del testatore, maggiore di quello che sarebbe se la trasmissibilità non fosse ammessa. Sotto questo aspetto possiam dire che essa soddisfa il lato positivo dell'*intuitus personae,* in quanto aumenta il beneficio del legatario, mentre, come abbiamo visto, non urta contro il lato negativo. Che se urtasse contro questo, in nessun modo potrebbe ammettersi la trasmissibilità, perchè l'*intuitus personae* sarebbe *sostanzialmente violato.* V. sopra § 30 n. 1.

(1) V. sopra § 32, n. 4. § 32 app.

(2) Non posteriore però al termine della scadenza. S'intende che il credito, prima della scadenza, sia *infruttifero.*

il valore del credito in quel momento si chiama *valore nominale,* in contrapposto al *valore attuale.*

Come mai il tempo può determinare una differenza di valore? Perchè nel tempo si maturano gli interessi. Dunque si deve tener conto dell'interesse o frutto durante il tempo, che trascorre fra il primo ed il secondo momento: lo sconto è appunto l'interesse.

Ora secondo il sistema detto del CARPZOV (3), l'interesse si calcola sul valore del secondo momento, ossia, prendendo il caso ordinario, sul valore nominale. Questo sistema è ormai riconosciuto da tutti assolutamente falso, come quello che suppone fruttifero un valore, il quale non esiste ancora in modo alcuno.

Invece secondo i sistemi dell'HOFFMANN e del LEIBNITZ (4), l'interesse si calcola sul valore attuale. E siccome il valore attuale è un' incognita, il problema si presenta così: — Dato il valore di un credito in un determinato momento (che può essere quello della scadenza = valore nominale), trovare il valore, che ha in un momento anteriore (valore attuale), consistente in un capitale, che, unito al proprio interesse pel tempo intercedente fra i due momenti (sconto), equivalga al valore dato. —

Questo interesse deve esser calcolato semplice o composto?

L' HOFFMANN lo calcola semplice, vale a dire non suppone che periodicamente il frutto si capitalizzi e diventi esso medesimo fruttifero. Ora anche questo sistema, benchè difeso da molti, è falso secondo noi, perchè l'interesse, che dopo ciascun periodo s'intende *maturato,* e che pure non è esigibile, nè consumabile, nè subito materialmente utilizzabile in modo alcuno dal creditore, è giusto e logico s'intenda, a vantaggio del creditore stesso, *immediatamente risparmiato,* cioè capitalizzato e reso fruttifero. Supporre che un interesse, dopo un certo periodo, p. e. dopo un anno, sia maturato, e non sia nè esigibile come interesse, nè reso fruttifero come capitale nuovo, è una contradizione economico-giuridica e matematica: la quale produce necessariamente i suoi effetti nell'applicazione del sistema.

Osserviamo infatti che il calcolo dello sconto, tanto secondo il sistema dell'Hoffmann, quanto secondo quello del Leibnitz, si basa, come resulta dalla impostazione del problema superiormente espressa, su questo presupposto: che il valore di un credito in un momento dato equivale al valore che il credito stesso aveva in un momento precedente sommato coll'interesse di questo valore pel tempo intercedente fra i due momenti.

La conseguenza di questa premessa si è che, considerando il valore di un credito in tre distinti momenti successivi A, B, C, il valore del momento B, deve essere eguale da un lato al valore del momento precedente A

---

(3) CARPZOVII, *Opus decisionum illustrium* (Lipsiae, 1704) P. III, dec. 275.

(4) HOFFMANN, *Klugheit Haus zu halten, oder* prudentia œconomica (1731) Th. I, *Anhang vom* interusurium. — LEIBNITZ, *Meditatio juridico-mathematica de interusurio,* pubblicata la prima volta negli *Acta eruditorum* dell'ottobre 1683, p. 423 segg.

sommato col proprio interesse per il tempo A-B, dall'altro al capitale che, unito al proprio interesse per il tempo B-C, dà per risultato il valore del momento C.

Ciò posto, supponiamo dato il valore del momento C, e sia s. Ed essendo t il tempo A-C, risolviamo il problema dello sconto col sistema di Hoffmann, trovando il valore del momento A. Sia i la tassa percentuale d'interesse o di sconto, ed x il valore incognito del momento A. Si avrà l'equazione:

$$x + \frac{xit}{100} = s,$$

la quale dà per risutato la formula, che può servir come tipo:

$$x = \frac{100\,s}{100 + it}.$$

Dato sempre il valore s del momento C, dato il tempo t' intercedente fra B e C, risolviamo lo stesso problema, col medesimo sistema, riguardo al valore del momento B, che chiameremo x'. Avremo analogamente:

$$x' = \frac{100\,s}{100 + it'}.$$

Fra i valori di x e di x', divenuti per tal modo noti, quale relazione deve esistere? In ordine a quanto abbiamo detto, deve esistere questa relazione: che il valore di x, aumentato del proprio interesse per il tempo A-B, che è eguale a $t - t'$, deve dar sempre per risultato il valore di x'. Per verificare se così è, formuliamo l'equazione senza incognite:

$$\frac{100\,s}{100 + it} + \frac{\frac{100\,s}{100 + i\,t} \times i(t - t')}{100} = \frac{100\,s}{100 + it'},$$

la quale, fatte le debite riduzioni, si trasforma in questa:

$$t = t'.$$

Affinchè l'equazione fosse giusta, occorrerebbe che il momento A coincidesse col momento B, il che non è pei dati. Così possiamo dire che il valore del momento B non è eguale al valore del momento A sommato col proprio interesse per il tempo A-B.

Perciò, concludendo, il calcolo dello sconto, condotto secondo il sistema di Hoffmann, urta col presupposto sul quale è basato, ossia, in ultima analisi, contraddice se stesso, ed è quindi falso in modo assoluto.

Se vogliamo dimostrare con un esempio numerico quanto abbiamo detto, possiamo fare:

$$s = 300,\ t = 6,\ t' = 3,\ i = 5.$$

Avremo:

$$x = \frac{30000}{130} = 230{,}77, \qquad x' = \frac{30000}{115} = 260{,}87.$$

Aggiungendo al valore di x, cioè a 230.77, il suo interesse durante 3 [anni] di tempo ($6-3=3$), si dovrebbe avere per risultato il valore di x' ossia 260.87: invece si ha 265.38.

Giacchè della falsità del sistema di Hoffmann non ci è avvenuto di trovare, nemmeno negli scrittori speciali alla materia, una dimostrazione matematica, quale a noi sembra di avere esposta(5), crediamo opportuno fermarci alquanto su questa dimostrazione, presentandola anche sotto un aspetto diverso.

Colla formula $x=\frac{100s}{100+it}$ si deve trovare il valore di un credito in qualunque momento, secondo il sistema suddetto, quando sia noto il valore del credito stesso in un momento posteriore.

Orbene: siano A, B, C tre momenti distinti e successivi; sia t il tempo A-C, t' il tempo B-C, e, conseguentemente, $t-t'$ il tempo A-B. Sia dapprima noto il valore s del momento C, ed applicando la formula, troviamo il valore del momento B, che chiameremo x':

$$x'=\frac{100s}{100+it'}.$$

Dopo ciò, noi dobbiamo poter trovare il valore incognito del momento A, che chiameremo x, valendoci tanto del valore noto del momento C, quanto dell'altro valore, pure noto ormai, del momento B.

Valendoci del primo, avremo:

$$x=\frac{100s}{100+it}.$$

Per valerci del secondo, basterà sostituire, nella formula, $\frac{100s}{100+it'}$ ad s, e $t-t'$ a t'. Avremo:

$$x=\frac{100\times\frac{100s}{100+it'}}{100+i(t-t')}.$$

Donde, l'equazione senza incognite:

$$\frac{100s}{100+it}=\frac{100\times\frac{100s}{100+it'}}{100+i(t-t')},$$

la quale si riduce all'altra:

$$t=t'.$$

(5) Nel 1846 l'OETTINGER, professore di matematica all'Università di Friburgo, volle dimostrare, con abbondanza di cifre e di esempii, la falsità del metodo di HOFFMANN, in una memoria intitolata *Ueber die richtige Berechnungsweise des Interusuriums*, ed inserita nell'*Archiv für die civil. Praxis* (XXIX p. 33-111). Ma la sua dimostrazione, oltre ad essere troppo complessa ed a peccare di empirismo e di oscurità, non raggiunse lo scopo, perchè non attaccò il sistema di HOFFMANN nella sua base, mostrandone la intrinseca contradizione con quel principio, che noi crediamo di aver giustamente posto in evidenza come l'assioma fondamentale dello sconto.

Ma questa equazione è falsa, perchè, a seconda dei dati, t è maggiore di t': dunque falsa è l'equazione precedente, e falso è il sistema che, rispetto al valore del credito nel momento A, porta ad un risultato contradittorio.

Applicando i numeri dell'esempio fatto innanzi, avremo:

$$x' = 260{,}87$$
$$x = 230{,}77 = 226{,}84 \; (!).$$

Se il sistema, che fa corrispondere lo sconto all'interesse semplice del valore attuale, è errato, non resta che quello di farlo corrispondere all'interesse composto: così è il sistema del Leibnitz. Secondo questo, dato il valore di un credito in un determinato momento, il valore incognito del credito stesso in un momento precedente corrisponde ad un capitale, che, unito al proprio interesse composto per il tempo intercedente fra i due momenti, eguaglia il valore dato.

x (incognita) = valore attuale (del momento anteriore).
s = valore del momento posteriore (valore nominale, se è il momento della scadenza).
i = tassa percentuale.
t = tempo intercedente fra i due momenti.

Il valore del momento anteriore, sommato col proprio interesse per il primo periodo di frutti, che potrà essere il primo anno, sarà rappresentato da questa espressione:

$$x + \frac{xi}{100},$$

ossia, mettendo x in evidenza:

$$x\left(1 + \frac{i}{100}\right).$$

Questo nuovo capitale, così formato, unito all'interesse proprio durante il secondo anno, sarà rappresentato da:

$$x\left(1 + \frac{i}{100}\right)\left(1 + \frac{i}{100}\right) = x\left(1 + \frac{i}{100}\right)^2.$$

Dopo 3 anni si avrà:

$$x\left(1 + \frac{i}{100}\right)^3.$$

E dopo un numero t di anni la somma x, unita al proprio interesse annualmente capitalizzato e reso fruttifero, ossia unita al proprio interesse composto, sarà rappresentata da:

$$x\left(1 + \frac{i}{100}\right)^t$$

Quindi, in ordine ai dati, avremo l'equazione:

$$x\left(1+\frac{i}{100}\right)^t=s,$$

la quale, risoluta, darà:

$$x=\frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^t}\text{ (6)} .$$

E, chiamando d la differenza fra il valore s ed il valore x, ossia lo sconto della somma s per il tempo t, si avranno le formule del testo (7):

$$s-d=\frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^t}$$

$$d=s-\frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^t} .$$

Che il sistema del Leibnitz sia teoricamente perfetto e matematicamente il più esatto, si può dire ormai affermato da tutti gli scrittori (8).

Ed è superfluo avvertire che esso non può portare a quel resultato contradittorio, da noi rimproverato al sistema di Hoffmann, poichè lo stesso processo matematico, che si segue per giungere all'equazione $x\left(1+\frac{i}{100}\right)^t=s$, la quale poi serve alla soluzione finale del problema, dimostra come si tenga conto del valore del credito in ciascun momento (intermedio) della maturazione dei frutti, e, per determinarlo, si aggiunga al valore del momento precedente il suo interesse annuale (supponendo l'anno il periodo normale della maturazione).

Riprendiamo infatti il caso proposto di sopra, dei tre momenti A, B, C, col quale abbiamo dimostrato la falsità del sistema di Hoffmann:

x = valore nel momento A
x' = » B
s = » C
t = tempo A-C
t' = » B-C.

---

(6) Alcuni autori scrivono questa formula così: $x=\frac{s}{1{,}0\,i^{\,t}}$. V., fra gli altri, OETTINGER, op. cit. § 7, p. 57, n. 1; KEIL, *Das interusurium. Eine juristisch-mathematische Abhandlung* (Jena, 1854) p. 7, n. 4.

(7) V. p. 88.

(8) THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, § 202; OETTINGER. op. cit. *passim;* VANGEROW, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, III Bd., § 587, Anm. VI (p. 183); DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano* (Napoli 1870) II § 332; MAYNZ, *Elements de droit romain* T. II, § 270 n.° 3; ARNDTS-SERAFINI, II, § 220, Nota 3 (p. 65); DERNBURG, *Pandekten* (Berlin 1892), II, § 35, N. 4, (p. 97).

Col sistema del Leibnitz, avremo:

$$x' = \frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t'}}.$$

Troviamo il valore di x, valendoci separatamente dei due valori noti del momento C e del momento B. Avremo respettivamente:

$$x = \frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t}}$$

$$x = \frac{\dfrac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t'}}}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t-t'}}.$$

La riprova del sistema del Leibnitz si avrà dunque quando siasi riconosciuta vera l'equazione senza incognite:

$$\frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t}} = \frac{\dfrac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t'}}}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t-t'}}.$$

E questa eguaglianza è verissima, perchè la divisione di $\dfrac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t'}}$ per $\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t-t'}$ dà precisamente per risultato $\dfrac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t}}$ (9).

Però, in generale, contro il sistema del Leibnitz si muovono obiezioni dal lato pratico, sostenendo che esso presenta, nella sua applicazione, delle difficoltà, le quali praticamente lo rendono inammissibile, e preferibile invece rendono il sistema di Hoffmann, benchè inferiore dal punto di vista teorico. Fra queste obiezioni quella veramente sostanziale, e da tutti, si può dire, considerata come invincibile, è la seguente (10):

— Il sistema del Leibnitz presuppone che, alla fine di ciascun periodo fruttifero, gl'interessi di un capitale possano impiegarsi immediatamente come nuovo capitale: mentre bisogna considerare che la capitalizzazione

---

(9) Abbiamo visto di sopra (§ 32 *in fine*) come, essendo 300 il valore del diritto alla scadenza (momento C), il suo valore al tempo della trasmissione, vale a dire alla morte del legatario avvenuta 3 anni prima (momento B), calcolato col sistema del LEIBNITZ, sia 259,15. Ora se noi, collo stesso sistema, calcoliamo il valore del diritto alla morte del testatore (momento A) avvenuta, supponiamo, 5 anni prima della scadenza, troviamo 235,05, tanto partendo dal valore del momento C, quanto da quello del momento B. Tale risultato non si ha, come abbiamo dimostrato, col sistema dell'HOFFMANN.

(10) Vedi VANGEROW, DE CRESCENZIO, MAYNZ, e recentemente DERNBURG (nei luoghi citati alla nota 8).

fruttifera immediata di questi interessi, trattandosi specialmente di piccole somme, riesce il più delle volte impossibile —.

Ebbene: anche questo rimprovero, che si fa al sistema del Leibnitz, a noi sembra infondato. Ed ecco perchè.

Che cos' è, in sostanza, il valore attuale di un credito non ancora scaduto? Non è che il valore venale, ossia è determinato dal prezzo, che il creditore può ritrarre cedendo e vendendo ad altri il proprio credito. Supponendo, come si deve supporre, che la vendita avvenga mediante uno scambio di eguale utilità fra venditore e compratore, dopo che essa è avvenuta, il compratore, ossia il nuovo detentore del credito, deve risentire, per effetto del credito stesso, un vantaggio economico eguale a quello, che il venditore, ossia il detentore della somma liquida rappresentante il prezzo, risente da questa. La somma liquida si suppone che venga subito posta ad interesse, ed è questo appunto il fondamento ed il criterio misuratore dello sconto. — Alla fine di ciascun anno intermedio il venditore, che ha ricevuto la somma liquida, ne ritrae effettivamente il frutto, e può *immediatamente utilizzarlo*, sia capitalizzandolo, e rendendo anch' esso fruttifero, sia, invece, *consumandolo*. Per stabilire l'eguaglianza, s' immagina che anche a vantaggio del compratore, detentore del credito, si maturi il frutto alla fine di ciascun anno, e, sempre perchè il principio dell' eguaglianza sia salvo, devesi pure a vantaggio di esso verificare l'*utilizzamento immediato* di questo frutto. Peraltro non è possibile, a suo riguardo, che questo utilizzamento immediato avvenga per via di consumazione, non è possibile che egli spenda subito codesto frutto, che non è esigibile (non essendo il credito in realtà fruttifero), la cui maturazione non si attua materialmente, ma soltanto idealmente, soltanto — diciamo così — in virtù di una finzione matematica. Ed allora? Allora non rimane che immaginare che codesto frutto si capitalizzi, ed a sua volta cominci immediatamente a produrre interessi.

Adunque la capitalizzazione fruttifera immediata dell' interesse del credito non scaduto non sta di fronte necessariamente alla capitalizzazione fruttifera immediata dell' interesse della somma liquida, come, a fondamento dell' obiezione, ritengono gli scrittori, ma sta di fronte, in genere, all' utilizzamento immediato dell' interesse della somma liquida, il quale utilizzamento, se non sarà, come essi avvertono, sempre possibile in forma di capitalizzazione fruttifera, lo sarà però in forma di consumazione.

Negare che la nostra risposta sia vittoriosa equivarrebbe, ci sembra, a sostenere che, dato un capitale fruttifero per un certo numero di anni, il poter esigere i frutti d' anno in anno non offra maggiore utilità, che il dovere aspettare ad esigerli tutti all' ultimo, insieme col capitale.

Apparisce del resto non poco strano che, per i supposti inconvenienti pratici del sistema leibniziano, si consigli di abbandonarlo per attenersi al sistema dell' Hoffmann [11]. Questo consiglio di abbandonare un sistema vero

(11) Vedi gli autori citati nella nota precedente.

per applicarne uno falso non si può spiegare, se non ritenendo, come sembra in realtà, che gli scrittori non abbiano bene avvertita la falsità assoluta del sistema dell' Hoffmann, quale è stata da noi dimostrata, e soltanto stimino questo metodo teoricamente meno perfetto di quello del Leibnitz.

La opinione nostra adunque si è che il sistema vero non si possa abbandonare, e solamente delle osservazioni pratiche si possa e si debba tenere quel conto, che meritano, quando si tratta appunto di applicarlo praticamente. Per esempio, l' osservazione che non è sempre facile il reimpiego immediato dei frutti, o, in altre parole, che non è facile l' impiego di un capitale ad interesse composto, una volta riconosciuta giusta, quale effetto potrebbe avere? Semplicemente quello di tenere piuttosto bassa la tassa percentuale d' interesse, ossia di sconto. Giacchè l' impiego di un capitale ad interesse composto, che non è facile ottenere quando la misura dell' interesse si voglia molto alta, è invece facilissimo, specialmente oggidì, anche per somme piccolissime, quando ci si contenti di impiegare il capitale ad un modesto interesse.

Dopo ciò, è forse superfluo soggiungere che preferire il sistema del Leibnitz, negli esempii algebrici e numerici, riesce per noi tanto più doveroso, in quanto dobbiamo valercene per intenti meramente teorici e razionali. Ma non sarà inutile avvertire, del resto, che l' applicare qualunque altro sistema per il calcolo dello sconto non altererebbe affatto il valore del nostro ragionamento circa la trasmissibilità dei legati.

§ 33.

Consideriamo ora il legato sotto CONDIZIONE.

I dati e la posizione del quesito già vedemmo quali sieno. Apertasi la successione, e *conditione pendente*, il legatario muore. Indi si verifica la condizione. Si domanda: ammesso, in queste circostanze di fatto, il principio della trasmissibilità, per effetto di esso l' erede del legatario risentirebbe dal legato un vantaggio economico diretto, che non è mai stato nella fruibilità, nel patrimonio del legatario stesso?

Osservammo già come *pendente conditione* il diritto al legato abbia pure un valore: perciò un valore esiste subito nel patrimonio del legatario all' apertura della successione. Se, ammesso il principio della trasmissibilità, questo valore, e non altro, venisse ad accrescere il patrimonio del trasmissario, nessun danno vi sarebbe ad ammetterlo. Ma così non è nella posizione di fatto da noi considerata. Perchè il valore del legato *conditione pendente* presenta, come

altrove notammo, una differenza in meno di fronte al valore del legato *conditione existente,* differenza che può essere anche grandissima, se, nella pendenza della condizione, la probabilità che essa non si verifichi sia calcolata molto forte. Ora tutta codesta differenza costituisce un vantaggio economico, che, data la trasmissibilità, aumenta il patrimonio del trasmissario, senza che mai sia stato nella fruibilità, nel patrimonio del legatario, e senza che abbia con questo patrimonio nessuna relazione [1].

Tale risultato è ingiusto, perchè contrario all'*intuitus personae:* quindi ingiusta è la causa, cioè la trasmissibilità, che perciò non deve essere ammessa, come non è di fatto, riguardo al legato sotto condizione.

Sia s la somma legata, cioè il valore che il legato acquista col verificarsi della condizione, d la differenza fra questo valore e quello che il legato ha mentre la condizione è pendente, ossia la diminuzione che sul valore del legato produce l'incertezza intorno al verificarsi della condizione. Supponiamo che, mentre la condizione è pendente, il numero delle possibilità favorevoli si calcoli f, e p rappresenti la somma delle possibilità favorevoli colle contrarie.

La probabilità che la condizione si verifichi sarà allora rappresentata dal rapporto $\frac{f}{p}$, e quindi il valore del legato, prima dell'avveramento, da $s \times \frac{f}{p}$ [2]. Avremo perciò la formula:

$$s - d = s \times \frac{f}{p}.$$

Donde:

$$d = s - s \times \frac{f}{p}.$$

Esempio numerico: $s = 100$, $\frac{f}{p} = \frac{1}{1000}$.

---

§ 33. [1] Noi consideriamo qui gli effetti della incertezza dell'*an* non mista a dilazione, della *conditio* non mista a *dies.* Ma anche se questa mistura vi fosse, gli effetti sarebbero identici: ossia un ragionamento analogo a quello, che si fa per la *conditio,* si potrebbe fare per il *dies incertus an* (*certus, incertus quando*). V. sopra § 1 n. 3, e infra § 37 n. 5.

[2] Siffatta espressione algebrica rappresenta quella che il LAPLACE chiama *speranza matematica.* V. LAPLACE, *Théorie analytique des probabilités,* Cap. I, n.° 2 (p. 187). Cf. anche LACROIX, *Traité elementaire du calcul des probabilités,* p. 99.

Avremo:

$$s - d = 0{,}10$$
$$d = 99{,}90$$ (3).

Così il diritto al legato, che, mentre si trovava nel patrimonio del legatario, aveva un valore di 10 centesimi, che questo valore conserva passando nel patrimonio dell' erede di lui, e lo conserva fino ad un istante prima che la condizione si verifichi, quando ciò avviene, tutto ad un tratto e fortuitamente acquista un valore di 100, realizzando a vantaggio del trasmissario un beneficio di 99,90, beneficio, che non è passato nel patrimonio del trasmissario da quello del legatario, perchè in questo non esisteva, che non è il frutto di nessun capitale preesistente, ma direttamente e *immediatamente* dal legato discende a favorire persona non contemplata nel testamento.

Ecco in qual modo, secondo noi, è completamente giustificata la non trasmissibilità del legato condizionale, in quanto gli effetti economici dell'incertezza dell' *an* potrebbero, se la trasmissibilità fosse ammessa, condurre a violare sostanzialmente il principio dominante dell' *intuitus personae.*

---

(3) Praticamente, volendo figurare un esempio molto semplice anche per il calcolo, si potrebbe supporre che fosse lasciato 100 in legato a condizione che, estraendo ciecamente una palla da un' urna nella quale si trovano 999 palle nere ed una sola bianca, esca appunto la bianca. Fino all' istante, che immediatamente precede l' estrazione, il valore del diritto è di 0,10. Avvenuta l' estrazione e verificatasi la condizione, il valore sale senz' altro a 100, realizzando così repentinamente un vantaggio di 99,90, che non è certo frutto del capitale preesistente maturato dal tempo.

CAPITOLO IV.

Il dies incertus *nei legati.*

SOMMARIO.

§ 34. Il motivo razionale della regola *Dies incertus...*, che erroneamente si suppone espresso da PAPINIANO nella l. 79 D. *De conditionibus.* — § 35. La spiegazione della regola proposta dallo SCHEURL. — § 36. La spiegazione del SAVIGNY. Difetti di questa teoria. Critica delle idee del MACHELARD. — § 37. DIMOSTRAZIONE NOSTRA circa la non trasmissibilità del legato a termine incerto.

§ 34.

Una volta spiegata la ragione — e noi abbiamo il fiducioso convincimento di averla spiegata —, per la quale la condizione produce sul legato, cui è apposta, l'effetto di renderlo non trasmissibile, il problema del termine incerto non offre ormai grandi difficoltà. Poichè rimarrebbe soltanto il non difficile compito di mostrare come la ragione medesima sussista per esso, in guisa da fargli produrre l'identico effetto.

Peraltro, innanzi di esporre in proposito le idee nostre, le quali naturalmente non possono essere che semplici corollarii di quelle esposte fin quì, intendiamo, interrompendo alquanto il filo del ragionamento, passare in rivista, per sommi capi, le idee degli scrittori che ci hanno preceduto.

Molti hanno creduto che la prima risposta al quesito fosse data dallo stesso PAPINIANO, nel § 1 della legge *Heres meus* (79 D. *De cond.* XXXV, 1) (1).

A questa supposta giustificazione della regola *Dies incertus...*, che nientemeno emanerebbe direttamente dall'autorità di quel grande giureconsulto, che la formulò, dobbiamo concedere il primo posto:

« *Heres meus, quum ipse morietur, centum Titio dato;* legatum sub conditione relictum est; quamvis enim heredem

---

§ 34. (1) V. P. I, § 17.

moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedet, et non est certum ad eum legatum perventurum. »

Il concetto di Papiniamo sarebbe dunque questo: — Il legato a termine incerto non produce nel legatario, all'apertura della successione, un diritto trasmissibile, perchè non si può prevedere se il *dies legati cedet* in vita del legatario. —

Lo Scheurl [2] intende il *cedere diem legati* nel significato proprio e tecnico di *acquistare un diritto trasmissibile:* quindi osserva che la ragione della regola *Dies incertus*..., espressa in quel frammento, sarebbe indegna di un Papiniano (*für einen Papinian gar zu ungeschickt*), poichè risponderebbe alla questione colla questione stessa [3]. Infatti ecco quale sarebbe: — Quando il legato è a termine incerto, il diritto non è *trasmissibile,* nel caso di premorienza del legatario, perchè non si può prevedere se il legatario acquisterà, prima di morire, un diritto *trasmissibile.* —

Perciò lo Scheurl accetta di gran cuore la nuova interpunzione [4] del Mommsen [5], affermando anzi che, in virtù di essa, è stato redintegrato l'onore di Papiniano (*Papinians Ehre wird gerettet*)! La novità consiste nel cominciare un periodo staccato colle parole « dies legati.... »:

« .... quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est an legatario vivo. Dies legati non cedit [6], et non est certum ad eum legatum perventurum. »

Senza volere entrare in questioni filologiche circa la preferenza da darsi alla interpunzione antica, o alla nuova, intendiamo però affermare che la novità del Mommsen, la quale, per lo meno dà al testo un'andatura più stentata e meno naturale, non è certo giustificata dalla necessità di rimettere l'onore a Papiniano (?).

Poichè nemmeno lo Scheurl avrebbe sentito questa necessità, se alla frase « diem cedere » avesse attribuito semplicemente il si-

---

(2) Op. cit., p. 342.

(3) Anche secondo il Maassen (o. c. in princ., pag. 24 degli *Erörterungen*) le parole della l. *Heres meus* § 1 contengono una *petitio principii.*

(4) La lezione e la punteggiatura, colla quale noi abbiamo trascritta la legge, è quella adottata dal Kriegel (edizione di Lipsia).

(5) Edizione di Berlino.

(6) La lezione « cedit », adottata dal Mommsen, si appoggia sul manoscritto fiorentino. Anche con essa, del resto, è possibile l'antica interpunzione.

gnificato, che pure essa ha spesse volte, di « giungere il termine » [7]. Allora il fondamento razionale della regola *Dies incertus....* sarebbe invece così espresso in questo frammento di Papiniano: — Il termine incerto, nel legato, fa condizione, perchè non si può prevedere se il legatario sopravviverà al termine stesso. —

Posto sotto questa forma semplice, il ragionamento, che si pretende fatto da Papiniano, mostra chiarissimo qual' è il proprio vizio sostanziale. Non è certamente quello scoperto dallo Scheurl, ma bensì quest' altro, facilmente rilevato dall'ACCARIAS, ed al quale non rimedia affatto la nuova interpunzione del Mommsen: che cioè la ragione, per la quale, secondo il giureconsulto, sarebbe condizionale il legato a termine incerto, varrebbe ugualmente a rendere condizionale anche il legato a termine certo [8].

---

[7] Può avere tale significato, ossia può corrispondere a « dies venit », specialmente quando, siccome avviene in questo caso, il giungere del termine non è preceduto dall' acquisto di un diritto trasmissibile.

[8] ACCARIAS, op. cit, vol. I, § 384, p. 1043, n. 3: « Comment expli« quer ici » (nei legati) « la transformation » (v. su questa espressione infra § 36 p. 107) « du *dies incertus* en condition? Papinien (l. 79, § 1, « *De cond. et dem.*) croit en trouver la raison dans cette idée que le léga« taire mourra peut-être avant l' arrivèe du terme. Raisonnons come lui sur « cette hypothèse: *heres meus quum ipse morietur centum Titio dato.* « Si la mort de l' héritier grevé était considérée come un terme, le *dies* « *cedens* se placerait au décès même du testateur, et en conséquence le « légataire, venant à mourir avant l' institué, transmettrait son droit à ses « propres héritiers. Tout au contraire, la mort de l'institué étant tenue pour « une condition, si Titius meurt avant lui, le droit au legs ne serà pas « même né, donc ne se transmettra pas. Or n'est-ce pas là un resultat tout « à fait conforme à l'intention du testateur, qui a bien voulu gratifier Ti« tius, mais Titius seul, et non pas ses héritiers? En résumé donc, notre « regle ne serait qu' une consequence de l' *intuitus personae*, qui dètermine « toutes les dispositions testamentaires. Mais cette explication, qui ne m'a « pas paru rationnelle relativement aux institution (T. I, page 862, note 2), » (vedi infra § 43 n. 7) « ne me satisfait pas davantage en matière de legs. « Car supposons une disposition ainsi conçue: *heres meus decem Titio dato* « *post quinquennium quam moriar:* est-ce qu'il n'est pas possible que « Titius meure moins de cinq ans après moi? Cependant ce legs n'est pas « regardé comme conditionnel. La difference que les Romains *ecc.* ». Il rimanente è riportato sopra § 21. — La spiegazione della regola *Dies incertus...*, attribuita qui a PAPINIANO, accettata da molti (cf. ARNDTS-SERAFINI § 73, N. 11 e § 554; BUFNOIR, o. c. p. 10; GODART, *De la condition en*

Quindi dall'aver riconosciuta logicamente viziosa la giustificazione della regola *Dies incertus...*, che si supponeva data da chi la formulò, al giudicare ingiustificabile razionalmente la regola stessa, breve dovette essere il passo. E l'ACCARIAS, come vedemmo (9), appunto venne a quest' ultima conseguenza.

Noi, senza pretendere di aver riabilitato Papiniano, crediamo di aver colto nel segno con quella nostra interpretazione del frammento, che esponemmo nella parte prima (§ 17), e che ora riassumiamo e completiamo.

Dall'esame complessivo del proemio e del § 1 di detta legge deduciamo che la *conditio,* di cui si parla in essa, è la *condizione di sopravvivenza* del legatario al termine incerto, la quale deve esser possibile sottintendere, come condizione vera e propria, affinchè il legato possa dichiararsi condizionale, cioè non trasmissibile: a tale effetto è necessaria l' *incertezza* di questa sopravvivenza. Non dice dunque Papiniano, come si è supposto erroneamente dagli scrittori, che sia *sufficiente* siffatta specie d'incertezza a rendere il legato condizionale, ma dice soltanto che è *necessaria.* Egli non ha voluto giustificare colla incertezza della sopravvivenza la regola *Dies incertus...*, ma ha inteso solamente affermare che, posta la regola, essa non è applicabile quando manchi codesta incertezza: e precisamente non è applicabile nel legato *quum morietur legatarius,* mentre è applicabile in quello *quum heres morietur.*

Con questa interpretazione, anche dando alla frase « cedere diem legati » il significato proprio, che le dà lo Scheurl, di *radicarsi nel legatario un diritto trasmissibile,* il senso corre perfetto, senza

---

droit romain et en droit français, P. II, C. I, p. 33), e dimostrata irrazionale dall'ACCARIAS, è quella stessa che appaga i più, e fra questi il WINDSCHEID, per giustificare la non trasmissibilità del legato condizionale (v. sopra § 28 p. 80). Come pure identica all'obiezione, che noi muovemmo per la *conditio,* è quella, che muove l'ACCARIAS per il *dies incertus.* Possiamo unificare le due obiezioni così: se l'*intuitus personae* ha da essere inteso nel senso che il legatario debba raccogliere personalmente il legato, cioè debba sopravvivere al *dies venit,* affinchè il legato stesso abbia effetto, allora la non trasmissibilità deve ammettersi tutte le volte che è possibile la non sopravvivenza sua al verificarsi della modalità sospensiva: ossia, non solamente quando la modalità sia una *conditio* o un *dies incertus,* ma anche quando sia un *dies certus* (« post quinquennium quam moriar »).

(9) § 21.

bisogno della nuova interpunzione del Mommsen[10]. Infatti l'essere un legato condizionale vuol dire essere incerto se il diritto (perfetto) verrà all'esistenza, e più propriamente vuol dire non esser certo l'acquisto, da parte del legatario, mentre è in vita, di un diritto trasmissibile[11]. Ora l'incertezza sul verificarsi del *dies cedit* in vita del legatario non è possibile nel *quum legatarius morietur,* perchè questo *dies* è tale che certamente *venit,* e quindi, a più forte ragione, certamente *cedit* in vita del legatario. Di esso ben dice Ulpiano nel § 1 della legge *Si quum heres*[12]*:* « certum est ad heredem transmitti » (*dies cedit*), e potrebbe dire Papiniano: « est certum ad eum [legatarium] perventurum » (*dies venit*)[13]. Nelle medesime condizioni non si trova il legato *quum heres morietur,* del quale invece Papiniano può dire, nel § 1 della legge *Heres meus:* « incertum est an legatario vivo dies legati non cedet, « et non est certum ad eum legatum perventurum »[14].

Non è dunque errato il discorso di Papiniano in questo paragrafo, ma è pienamente vero e giusto, in qualunque modo si legga il testo. Hanno invece errato coloro, che han voluto far mirare il giureconsulto più alto di quello a cui non mirasse in realtà. Papiniano — è bene ripeterlo — non ha inteso affatto di dar la ragione intima della non trasmissibilità del legato a termine incerto, ragione che non si trova in questo nè in altri testi romani, come non si

---

(10) Del resto è chiaro che anche con questa interpunzione collima benissimo l'interpetrazione nostra. Peraltro da quanto siamo per dire apparirà meglio in armonia coll'insieme del frammento l'interpunzione del Kriegel. V. infra n. 13.

(11) V. § 24.

(12) V. sopra § 17.

(13) Nel pr. di questa legge, a proposito del legato *quum legatarius morietur,* Papiniano dice: « non potest *conditio* non existere »; nel § 1, a proposito di quello *quum heres morietur,* dice: « non est certum ad eum legatum perventurum ». Ora, siccome la *conditio* è appunto che il *legatum ad eum* [*legatarium*] *perveniat,* che il legatario possa personalmente raccogliere il legato, che il *dies veniat* mentre egli vive, insomma è la condizione di sopravvivenza, è manifesto che del legato *quum legatarius morietur* si potrebbe dire: « *est* certum ad eum perventurum », e di quello *quum heres morietur*: « *potest* conditio non existere ». Ecco la perfetta corrispondenza fra i due termini di paragone, che, a dir vero, apparirebbe meno spiccata colla interpunzione del Mommsen.

(14) V. nota preced.

trova nemmeno per il legato sotto condizione: egli non ha punto avuto intenzione di spiegare perchè la regola *Dies incertus....* sia stata stabilita, ma solamente di spiegare perchè, una volta stabilita detta regola, essa non è applicabile quando il termine consiste nel *quum legatarius morietur,* mentre è applicabile quando consiste nel *quum heres morietur.*

§ 35.

Fra i tentativi per giustificare la non trasmissibilità del legato a termine incerto, non vogliamo passare sotto silenzio quello dello stesso Scheurl, il quale ha il merito di aver ricercato per la non trasmissibilità del legato *sub die incerto* lo stesso fondamento razionale, che per quella del legato *sub conditione* (1). Ecco in sostanza il suo concetto (2):

— Il contratto pone sempre ed immediatamente coloro, fra i quali è concluso, in un rapporto giuridico personale. Il legato al contrario porta seco soltanto la futura possibilità di un rapporto giuridico personale fra il legatario e colui *a quo ligatur.* L'attuazione di questa possibilità ha due gradi o momenti. Il primo è quello della effettiva ammissione del legatario ad entrare in questo rapporto, il secondo è rappresentato dalla introduzione anche del gravato (*a quo ligatur*) nel rapporto medesimo. Il primo ha luogo, di regola, alla morte del testatore, il secondo si raggiunge coll'adizione della eredità. Peraltro il disponente può anche trattenere la prima e preliminare effettuazione della sua volontà (primo grado), facendola dipendere dal verificarsi di un determinato avvenimento futuro. Ma questa preliminare effettuazione consiste, come si è detto, nella effettiva ammissione del legatario ad entrare nel rapporto giuridico: e poichè soltanto il legatario in persona può essere ammesso, ne deriva che l'avvenimento, pel quale egli è introdotto nel rapporto giuridico, debba verificarsi durante la sua vita. Questa è la ragione, per la quale l'avvenimento, che designa il termine di un legato (*Vermächtnisbefristung*), come quello che costituisce il contenuto di una condizione (*Vermächtnisbedingung*), deve verificarsi

(1) V. sopra § 27 n. 3. § 35.

(2) Scheurl, op. cit. p. 342.

durante la vita del legatario: altrimenti il legato si caduca in modo assoluto. —

Non è il caso di entrare in un' analisi minuta di questa spiegazione dello Scheurl. Basterà che osserviamo come si possa fare ad essa — ed è ben naturale — quel medesimo appunto, che fu fatto alla pretesa spiegazione di Papiniano, e che era sfuggito allo Scheurl: se il concetto su cui si basa fosse giusto, anche il *dies certus*, nei legati, dovrebbe far condizione. Cosicchè lo Scheurl ha preso bene le mosse, quando si è posto a ricercare una causa comune ed identica per gli effetti, che pur sono identici, prodotti sulla trasmissibilità del legato dalla condizione e dal termine incerto, ma non ha raggiunto la mèta, perchè, in realtà, non ha risoluta la questione nè per l' una, nè per l' altro.

§ 36.

E veniamo alla spiegazione del SAVIGNY [1]:

« La limitazione di tempo di un *avvenimento certo,* di tale « avvenimento, cioè, che debba necessariamente avverarsi una volta « [*dies incertus quando certus an*], si trova con la coscienza di « colui che acquista il diritto, in una posizione diversa [dalla limi« tazione consistente in un *giorno del calendario*]; imperocchè per « esso sono affatto incerti il *valore* e l' estensione che ha attual« mente il suo diritto, sicchè egli non può comprenderlo con sicu« rezza nelle sue disposizioni pel futuro. Questo elemento d' incer« tezza di tal clausola nei testamenti vien considerato come prevalente, « a causa della natura affatto personale delle successioni, e trasforma « il *dies* in una condizione, cioè nella condizione della sopravvivenza « dell' onorato a tal giorno [2]. Nei contratti invece, nei quali quella

§ 36. [1] *Sist. di dir. rom. att.* (trad. SCIALOJA) III, § 126 II.

[2] A questo punto il SAVIGNY pone la seguente nota (*c*): « l. 75 D. *De « cond.* (XXXV, 1): *Dies incertus conditionem in testamento facit.* Lo *in « testamento* accenna all' opposto trattamento dei contratti, che in questo « caso ha luogo realmente. Ma perciò diviene al tempo stesso necessario « di riferire il frammento solamente a questo caso, e non agli avvenimenti « veramente incerti, i quali valgono come condizioni anche nei contratti. « Ne consegue che in questo testo *dies incertus* è adoperato per indicare « un avvenimento *certo* (che solamente può avverarsi più o meno presto) ». V. sopra P. I, § 7, p. 17.

« natura personale del diritto non è ammessa, rimane prevalente « l' elemento della certezza, la clausola opera puramente come *dies* « (come è in realtà, secondo il suo vero concetto), e il contratto è « incondizionato ».

Qui dunque si ritrova applicata dal Savigny quella idea generica, che noi già dichiarammo necessaria come prima base del criterio, che deve servire a determinare e distinguere gli effetti giuridici delle modalità apposte ai legati: l' idea cioè di derivare gli effetti giuridici dagli effetti economici, di considerare le conseguenze che le diverse modalità producono sul valore del legato [3].

D' altra parte le osservazioni critiche contro la teoria del Savigny riescono agevoli dopo quanto dicemmo in precedenza.

L' affermare, come egli fa, che il *dies* SI TRASFORMA in condizione, ricorda, quantunque in modo formale, il concetto già da noi dimostrato erroneo, che la non trasmissibilità sia un effetto proprio ed *inerente alla natura della condizione* [4]. È vero che la condizione, nella quale, a detta del Savigny, il *dies* si trasforma, è quella di *sopravvivenza:* e questa, anche secondo noi, è, come condizione tacita, indotta dal *dies incertus.* Ma ciò non significa punto, che il *dies* si trasformi: altrimenti, considerando che codesta condizione tacita di sopravvivenza è indotta anche da qualunque condizione espressa [5], si dovrebbe dire che anche la *condizione* espressa, nei testamenti, *si trasforma in condizione:* il che sarebbe assurdo.

Ma il difetto sostanziale di questa teoria, e pel quale nemmeno il Savigny è giunto ad una spiegazione soddisfacente della regola *Dies incertus...,* consiste, come sappiamo, nell' aver male applicato la giusta idea di tener conto degli effetti economici, e precisamente nell' aver considerato il valore del legato e la persona, che ne gode, *al momento dell' aperta successione.* Sarebbe superfluo il ripeter qui le medesime osservazioni che facemmo a proposito della condizione [6]. Dire che l' *intuitus personae* non è soddisfatto nel legato a termine incerto (se il legatario premuore al termine), in quanto alla morte del testatore il beneficato non possa godere e disporre di un valore

---

(3) V. § 29.

(4) V. § 26. — L' idea inesattissima che il *dies incertus* si trasforma in condizione la troviamo, dopo il SAVIGNY, espressa abitualmente dagli scrittori. V. § 17 (dove si riportano le parole del BOISTEL), § 22 n. 3, § 34 n. 8.

(5) V. sopra § 27, p. 78.

(6) § 29.

effettivo, determinabile, è una affermazione errata: avendo riguardo soltanto a codesto, non è possibile trovare una diversità economica tra il legato condizionale e a termine incerto, da un lato, e dall' altro quello a termine certo: quindi non è giustificabile, sotto codesto aspetto, la diversità giuridica.

Il MACHELARD infatti, mentre concorda col Savigny intorno al ragionamento, che avrebbero fatto i romani per giungere a stabilire la non trasmissibilità del legato a giorno incerto, rileva però che codesto ragionamento è cattivo (*mauvais*) (7), perchè è falso — egli dice — che il legatario non ottenga, mentre è vivo, cioè fino dall' apertura della successione, un accrescimento di patrimonio, dal quale può trarre personale vantaggio (8).

Se è *mauvais* il ragionamento dal Savigny attribuito ai romani, e giusto è, sotto questo aspetto, il rilievo del Machelard, non è migliore il discorso col quale lo stesso Machelard accompagna codesto rilievo. Lo riportiamo, perchè ancor più chiaro apparisca come preconcetti dommatici ed errori logici abbiano impedito finora che si formasse una esatta teoria sulla trasmissibilità in relazione alle modalità apposte ai legati:

« On conçoit donc très bien que l'admissions dans les legs d'un « *dies incertus,* produisant uniquement l'effet naturel du terme, « c'est-à-dire différant le *paiement* à une époque inconnue, eût été « parfaitement conciliable avec cette idée que le légataire doit profiter « personnellement du legs. Certes, les Romains seraient arrivés à « cette solution, s'ils avaient été versés dans la science des calculs, « science moderne, dont ils ne soupçonnaient guère les éléments, « s'ils avaient eu quelques notions des principes qui président à « l'évaluation des richesses, principes que le développement des « lois de l'économie politique a rendus familiers aujourd'hui. Voilà « une hérédité ouverte, accepteé; l'héritier est grevé d'un legs, « payable quand il mourra. N'y a-t-il point là un'émolument dont « l'échéance est assurée, tout incertaine qu'elle soit quant à sa date? « Peu importe que le légataire survive ou non à l'héritier. Il est « faux de prétendre que ce légataire n'obtient pas dès à présent « et de son vivant un accroissement de fortune, dont il lui serait

(7) MACHELARD op. cit. p. 546 (delle *Dissertations*) in nota: « ..... la « conditionalité.... n'avait été introduite dans tout legs à terme incertain qu'à « l'aide d'un *mauvais* raisonnement ».

(8) V. nel passo che trascriviamo più sotto: « Il est faux *ecc.* ».

« possible de tirer parti pour lui-même, sans être tenu d'en laisser
« bénéfice à ses héritiers. Comme on est en présence d'une créance
« positive, sauf l'indétermination de l'époque du paiement, il ne
« s'agit que de supputer les probabilités de longueur que présente
« l'échéance pour se procurer immédiatement la valeur de cette
« créance. L'acquéreur n'aura qu'à faire la déduction d'un escompte,
« dont le *quantum* est la seule chose qui fasse quelque difficulté.

« Ce raisonnement, fondé sur la véritable analyse de la consi-
« stance d'un legs à terme incertain, avait échappé aux juriscon-
« sultes romains; ils n'avaient pas aperçu la possibilité pour le le-
« gataire de dégager son droit de sa partie aléatoire, et de le réaliser
« de suite, en transférant à un tiers la chance de diminution résul-
« tant de l'incertitude de l'échéance. N'oublions pas que ce n'est
« qu'avec peine que s'est introduite en droit romain la faculté de
« négocier les creance » [9].

Intanto il bisogno che sente il Machelard di dichiarare perfettamente conciliabile l'idea del godimento personale del legato da parte del legatario (*intuitus personae*) coll'effetto naturale del *dies,* che è di sospendere l'esecuzione (*le paiement*) e non l'esistenza del diritto, dimostra come egli ritenga che questo preteso carattere distintivo del *dies* (in opposizione a quello della *conditio*) debba, a sua volta, avere per naturale effetto la trasmissibilità del diritto al legato. Di siffatti concetti (o preconcetti) altrove ci occupammo [10].

Il rimanente si riassume in poche parole: — Anche il legato a termine incerto, alla pari di quello a termine certo, ha, all'apertura della successione, un valore attuale calcolabile, e che può esser goduto dal legatario: quindi dovrebbe, come quello, esser trasmissibile. I romani non videro l'esistenza di questo valore attuale per l'ignoranza dei principii economici e matematici, e per la naturale antipatia, che ebbero, ad ammettere la facoltà di negoziare i crediti. —

Lasciamo stare le considerazioni storiche, troppo assolute, del Machelard sulla scienza e sul diritto dei romani, a proposito delle quali ci sarebbe pur molto da dire [11]. E lasciamole stare per una

---

[9] Machelard, §§ 7-8 (pag. 548-549 delle *Dissertations*).

[10] P. II, Cap. II.

[11] Sulle idee economiche dei romani, relative a tale argomento, si può vedere Arnold, *Cultur und Recht der Römer,* spec. pagg. 285-303. Sulla cedibilità dei crediti in diritto romano è utilissimo consultare l'Huc, *Traité theorique et pratique de la cession et de la transmission des créances* (Paris, 1891) I, § 143 (p. 203) e segg.

ragione semplicissima: che cioè non sussiste in fatto quello, che, mediante codeste considerazioni, il Machelard vorrebbe spiegare; non è vero che i romani non sapessero attribuire un valore attuale, calcolabile, al legato, cui fosse apposto un termine incerto, e particolarmente un *dies mortis*. Essi in realtà attribuivano un valore attuale, calcolabile sul valore venale, a qualunque legato, e, in genere, a qualunque credito (in senso larghissimo) a termine certo e incerto [12].

Di più i romani sapevano quello, che il Machelard ha mostrato di ignorare, sapevano che anche il credito sotto condizione ha *pendente conditione* un valore attuale determinabile [13], che può essere immediatamente liquidato e goduto dal creditore. E diciamo che il Machelard ha mostrato di ignorare quest'altra verità economica [14], poichè altrimenti avrebbe capito che la critica da lui fatta alla non trasmissibilità del legato a termine incerto eccede i limiti, nei quali egli ha voluto restringerla, e va logicamente a ferire eziandio la non trasmissibilità del legato sotto condizione [15].

In ultima analisi dunque apparisce intimamente contraddittoria l'opinione del Machelard, il quale da un lato accetta il ragionamento che, secondo lui, avrebbero fatto i romani per giungere alla non

---

(12) È facile persuadersene quando si consultino p. e. le ll. 55, 73 § 4 e 68. D. *Ad leg. Falc.* (XXXV, 2). In quest'ultima AEMILIUS MACER parla del calcolo della vita probabile, che poteva naturalmente applicarsi al legato, cui fosse apposto un *dies mortis* ossia un *dies incertus* per eccellenza. Vedi anche la nota seguente.

(13) L. 73 § 1 D. *Ad leg. Falc.* XXXV, 2: [GAIUS]. « Magna dubitatio « fuit de his quorum conditio mortis tempore pendet, id est an quod *sub* « *conditione* debetur in stipulatoris bonis adnumeretur, et promissoris bonis « detrahatur. Sed hoc iure utimur, ut QUANTI EA SPES OBLIGATIONIS VENIRE « POSSIT, tantum *stipulatoris* quidem *bonis accedere* videatur, promissoris « vero decedere... ». Cf. WINDSCHEID III, § 652, p. 383: « Befristete Erb- « schaftsforderungen und befristete Erbschaftsschulden werden in Anschlag « gebracht *mit Abzug des Zwinschenzinses* [it. « sconto »]. Bedingte Erb- « schaftsforderungen und bedingte Erbschaftschulden werden .... *zu ihrem* « *jetzigen Verkaufswerth* [it. « valore attuale di vendita »] in Anschlag « gebracht ».

(14) V. sopra §§ 29 e 33.

(15) Non abbiamo bisogno di ricordare che noi abbiamo fatta questa critica nel § 29.

trasmissibilità del legato condizionale[16], e dall'altro giudica *mauvais* lo stesso ragionamento quando si tratta di giustificare la non trasmissibilità del legato a giorno incerto, e ne deduce la irrazionalità della regola *Dies incertus*....; mentre in realtà l' obiezione, che egli muove per il giorno incerto, vale identica per la condizione.

§ 37.

Dall' esame fatto delle varie teorie destinate a spiegare la regola in questione, dalle critiche mosse alle teorie medesime per opera scambievole degli scrittori, ci pare sempre meglio dimostrato che, per giustificare razionalmente la non trasmissibilità del legato, a cui sono apposte certe modalità (*conditio* e *dies incertus*) in opposizione alla trasmissibilità del legato, a cui è apposto un *dies certus,* bisogna variare il punto di vista, ponendo e risolvendo il problema sotto un aspetto non avvertito finora, occorre cioè considerare la natura e la quantità del beneficio eventualmente risentito dal trasmissario in confronto di quello risentito dal legatario trasmittente. Ammessa la trasmissibilità del legato, potrebbe all'erede del legatario, a favore del quale ha luogo la trasmissione, derivare un beneficio diretto, estraneo affatto al patrimonio del legatario trasmittente?

A questa domanda già rispondemmo negativamente per il termine certo, affermativamente per la condizione. È ormai tempo, riprendendo il filo interrotto del nostro ragionamento, di ricercare e formulare una risposta analoga, a proposito del TERMINE INCERTO.

I criterii, che devono servire alla soluzione del problema, ormai si conoscono. Bisogna, supponendo ammessa la trasmissibilità, considerare prima il valore del legato nel momento, in cui dal patrimonio del legatario passa in quello del trasmissario, cioè nel *momento della trasmissione:* quindi nel momento, in cui la modalità si verifica, ossia nel *momento della riscossione.* Tra il primo ed il secondo valore vi sarà sempre un aumento: occorre studiare la natura di questo, per vedere se è costituito soltanto dal prodotto normale e naturale del primo valore, che già faceva parte del patrimonio del legatario, o se invece contiene un elemento diverso, indipendente da

(16) Ritiene anzi che questo ragionamento giustifichi la non trasmissibilità del legato condizionale anche di fronte ai codici moderni (p. 544, 545 testo e n. 1). Per la legislazione moderna v. infra P. III.

quel primo valore. In questo secondo caso entra nel patrimonio del trasmissario un beneficio immediatamente e direttamente proveniente dal legato, ed affatto estraneo al patrimonio del legatario trasmittente.

Adunque l' onorato del legato a termine incerto muore *pendente die.* Come si determinerà in questo momento il valore del legato? Il valore attuale di un diritto a scadenza futura si determina, come sappiamo, mediante un calcolo di sconto, avendo riguardo al tempo intercedente fra il momento attuale e quello della scadenza. Ora nel caso di *dies certus* il tempo è noto con certezza, nel caso invece di *dies incertus* non abbiamo secondo certezza il dato del tempo: occorrerà quindi supplire alla *certezza* colla *probabilità,* ed al calcolo di sconto per determinare il valore del legato si farà precedere un calcolo di probabilità per determinare l' epoca in cui, probabilmente, il *dies* si verificherà.

Verrà poi il giorno della scadenza e della riscossione, nel quale il valore del legato sarà appunto il valore nominale, e sarà maggiore di quello calcolato al momento della trasmissione.

Da che cosa sarà costituita la differenza fra i due valori? Forse dall' interesse del primo, maturato durante il tempo intercedente fra la trasmissione e la riscossione?

Per rispondere, dobbiamo far varie ipotesi. Giacchè, se fossimo in tema di *dies certus,* siccome il tempo intercedente fra la trasmissione e la riscossione sarebbe sempre ed esattamente quello che ha servito per calcolare lo sconto, la differenza non potrebbe esser costituita che dall' interesse suddetto. Ma invece, trattandosi di *dies incertus,* il tempo intercedente effettivamente fra la trasmissione e la riscossione, può essere, di fronte a quello che ha servito per calcolare lo sconto, *eguale* o *maggiore,* come può esser *minore.*

Nelle prime due ipotesi la *differenza* sarà respettivamente eguale o minore dell' interesse, nella terza però sarà *maggiore.*

Per conseguenza, se si ammettesse il principio della trasmissibilità nel legato a termine incerto, vi sarebbe la possibilità che nel patrimonio del trasmissario, accanto al valore del legato, quale si trovava nel patrimonio del trasmittente, e all' interesse risparmiato di questo valore, entrasse una somma estranea affatto al patrimonio del legatario, e perciò proveniente immediatamente dal legato. Questa possibilità si attuerebbe allorquando il *dies* si verificasse prima del tempo calcolato come probabile per valutare lo sconto al momento della trasmissione: ossia quando l' incertezza si risolvesse, nel fatto, a favore di chi è divenuto subietto del diritto.

La dimostrazione riuscirà anche più chiara, valendosi di espressioni algebriche.

Immaginiamo che sia legata una somma s, e che al legato sia apposto un termine incerto relativamente al *quando*, p. e. la *morte di Tizio*. Muore il legatario *pendente die*. Facendo in questo momento il calcolo della vita probabile di Tizio e risultandone il tempo t, sarà $s - d$ il valore attuale del legato, quando si supponga d rappresentare lo sconto della somma s per un tempo t. Ammessa la trasmissibilità, questo valore $s - d$ passerà tale e quale dal patrimonio del legatario in quello dell' erede di lui.

In seguito muore Tizio, ed il trasmissario riscuote la somma s. Se la morte di Tizio avvenisse precisamente in corrispondenza al calcolo di probabilità che fu fatto, ossia dopo un tempo t dalla morte del legatario, il trasmissario, riscuotendo la somma s, non verrebbe a godere, per effetto del legato, di nessun beneficio immediato, estraneo al patrimonio del trasmittente, poichè la quantità d, di cui la somma s supera il valore del legato calcolato al momento della trasmissione ($s - d$), non è, secondo i dati, che l' interesse del valore stesso, maturato durante il tempo t, e non consumato.

Invece noi dobbiamo supporre quello che è possibilissimo, che cioè la morte di Tizio avvenga prima del tempo calcolato come probabile, avvenga quando manca ancora un certo tempo t' alla decorrenza completa del tempo t. In questo momento il cumulo del valore $s - d$, che il legato aveva al momento della trasmissione, col proprio interesse pel tempo $t - t'$, finora trascorso, è certamente minore di s [1]. Chiamando d' la differenza, questo cumulo sarà rappresentato da $s - d'$. È chiaro che, verificatosi l' avvenimento, ed acquistato così il diritto alla riscossione immediata della somma s, il patrimonio del trasmissario, oltre al valore che in esso passò dal patrimonio del trasmittente, ed oltre all' interesse di questo valore pel tempo trascorso fra la trasmissione e la riscossione, viene ad essere arricchito di una quantità d', che a tutto ciò è affatto estranea, e che, per conseguenza proviene direttamente dal legato.

Le formule algebriche saranno [2]:

$$s - d = \frac{s}{\left(1 + \frac{i}{100}\right)^t}$$

(1) Perchè s rappresenta invece il cumulo dello stesso valore $s - d$ col proprio interesse per tutto il tempo t.

(2) V. sopra § 32 e *Appendice al* § 32.

$$s - d' = \frac{s\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t-t'}}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t}} = \frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t'}}$$

$$d' = s - \frac{s}{\left(1+\frac{i}{100}\right)^{t'}}.$$

Per un esempio numerico, facciamo:

$$s = 300$$
$$t = 40$$
$$t' = 39$$
$$i = 5.$$

Avremo [3]:

$$s - d = 42{,}61$$
$$s - d' = 44{,}74$$
$$d' = 255{,}26.$$

Il significato di queste cifre è il seguente. Si ha un legato di 300 lasciato per *quando Tizio morrà.* Dopo aperta la successione, muore il legatario, e in questo momento la durata probabile della vita di Tizio si calcola ancora per 40 anni, cosicchè il valore del legato che si trova nel patrimonio e nella disponibilità del legatario è 42,61. Questo valore passa senz' altro nel patrimonio del trasmissario. Dopo un anno dalla morte del legatario, ossia quando mancano ancora 39 anni al termine, che si era calcolato probabile, muore Tizio, ed il trasmissario ha diritto di riscuotere subito l'intera somma di 300. Di questa, soltanto 44,74 rappresenta il capitale che già esisteva nel patrimonio del legatario (42,61) unito col proprio interesse durante l'anno trascorso (2,13). La rimanente maggior somma, cioè 255,26, è affatto estranea al patrimonio del legatario, e rappresenta un beneficio che il trasmissario risente direttamente e immediatamente dal legato.

La conclusione che il principio della trasmissibilità, se fosse ammesso nel legato a termine incerto, portando a siffatti risultati, urterebbe contro il principio dominante dell' *intuitus personae,* pre-

---

(3) Per i calcoli ci possiamo valere dei logaritmi. Cf. § 32 n. 5.

cisamente come nel legato condizionale, ci sembra ormai abbondantemente dimostrata [4].

Quando ad un legato è apposta una modalità *incerta* per il *se* o per il *quando,* se si ammettesse la trasmissibilità in caso di premorienza del legatario, dalla possibilità che l'incertezza si risolva posteriormente in favore dell'esecuzione [5] deriverebbe l'altra possibilità che il trasmissario eventuale, cioè una persona diversa dal legatario, risenta dal legato un beneficio economico affatto indipendente da quello, che, per effetto del legato stesso, era entrato nel patrimonio del legatario. Questa verità intuirono sinteticamente, ma chiaramente, i romani, e perciò formularono la regola, che sancisce la non trasmissibilità del legato condizionale, e l'altra, che parifica, per questo rispetto, al legato condizionale il legato a termine incerto [6].

---

[4] Le stesse formule, che ci hanno servito alla dimostrazione per il *termine incerto,* fanno vedere l'opposto risultato a cui porta il *termine certo.* Infatti l'esser prevedibile con *certezza* il *quando* vuol dire, secondo le nostre espressioni algebriche, che $t - t' = t$, ossia che $t' = 0$. Ora, se nelle formule sostituiamo 0 a t', troviamo anche $d' = 0$, ossia troviamo sempre nullo quel beneficio urtante contro l'*intuitus personae,* che può invece esser prodotto in quantità dal legato a termine incerto.

[5] Ciò può accadere allorchè l'incertezza è dell'*an* in quanto l'avvenimento *si verifichi,* ed allorchè è del *quando* in quanto si verifichi *prima* del tempo calcolato come probabile. Trattandosi di condizione mista a *dies* (*certus* o *incertus quando*) si potrà ragionare analogamente, valendosi di quanto abbiamo detto nei §§ 32, 33 e 37. È superfluo aggiungere che, bastando una sola specie d'incertezza (*an* o *quando*) a produrre razionalmente la non trasmissibilità, l'unione d'entrambe dovrà produrla *a fortiori.*

[6] Se occorresse una riprova per l'esattezza del ragionamento, col quale noi abbiamo giustificato la regola *Dies incertus..*, la fornirebbe splendida l'eccezione, che si fa alla suddetta regola quando si tratta del *dies mortis ipsius legatarii* (v. P. I, Cap. V). In questo caso, essendo appunto il *dies* costituito dalla morte del legatario, l'epoca della *trasmissione* coincide con quella della *riscossione,* e, per conseguenza, il valore del diritto, dopo esser passato tale e quale dal patrimonio del legatario in quello del trasmissario, non può subire nessun aumento da un'epoca all'altra. L'elemento negativo dell'*intuitus personae* non può pertanto essere in nessun modo urtato dalla trasmissibilità in questo caso, mentre l'elemento positivo (vedi sopra § 20 n. 1, § 30 n. 1, § 32 n. 7) esige che si ammetta la trasmissibilità, giacchè per effetto di essa risente un beneficio dalla disposizione lo stesso legatario, che altrimenti non ne risentirebbe alcuno. — Volendo rappresentare il

Il non essere stata questa intuizione sintetica afferrata dagli interpreti ha partorito divagazioni, errori, falsi giudizii sulla dottrina romana, ed ha quindi resa necessaria quella dimostrazione analitica, che abbiamo superiormente esposta, e della quale certamente i romani non avevano sentito il bisogno.

---

legato a cui è apposto il *dies mortis legatarii* nelle formule algebriche del testo, bisognerebbe fare $t = 0$, $t' = 0$: la conseguenza sarà necessariamente $d = 0$, $d' = 0$. (Cf. prec. nota 4). A differenza dello stesso legato *sub die certo* (*an et quando*) (v. § 32), nel legato *sub die mortis legatarii* non può il trasmissario trovare nemmeno l'aumento d rappresentante l'interesse del valore trasmesso, per la ragione appunto che manca necessariamente l'intervallo di tempo tra il momento della trasmissione e quello in cui ha luogo il *dies venit*.

SEZIONE III.

Fondamento razionale della dottrina romana sul *dies incertus* nella istituzione d'erede

CAPITOLO V.

Il dies certus *e la* conditio *nella istituzione d'erede*

SOMMARIO.

§ 38. Proemio. — § 39. L'opinione relativamente più plausibile per spiegare la diversità di effetto giuridico del *dies certus* e della *conditio* apposti alla istituzione d'erede. — § 40. Critica. — § 41. Erroneo concetto del Machelard a proposito della espressa *condizione di sopravvivenza* ad un'epoca determinata. — § 42. L'opinione nostra. La dottrina del *dies* e della *conditio* nelle disposizioni testamentarie ridotta ad unità di concetti fondamentali.

§ 38.

La regola *Dies incertus....* è, nella generalità sua, applicabile anche alla istituzione d'erede. (1) Si tratta di giustificare razionalmente questa regola per la istituzione d'erede, come abbiamo fatto pei legati.

La differenza giuridica fra il termine certo e la condizione in materia di istituzione d'erede è più radicale di quello che non sia in materia di legati: poichè, mentre la *conditio* sospende la delazione dell'eredità, il termine certo, non solamente non produce questo effetto, ma non produce effetto di sorta, si considera assolutamente

(1) V. P. I, § 16 p. 41-42, e infra § 43.

come non apposto: *pro supervacuo habetur* (2). Invece il termine incerto segue anche qui le norme della condizione, e non quelle del termine (certo): esso è tenuto in conto, e sospende la delazione dell' eredità.

Ed anche qui, nella ricerca del fondamento razionale della regola, dobbiamo adottare lo stesso processo logico, che adottammo nella sezione precedente: indagare cioè prima la ragione della differenza di effetto giuridico fra termine certo e condizione (3), e quindi vedere perchè il termine incerto debba esser parificato a questa, e non a quello.

§ 39.

Riguardo alla prima di queste due indagini discutono gli scrittori.

Le teorie da essi formulate hanno agli occhi nostri il difetto comune di non confrontare e non coordinare in modo alcuno gli effetti del termine e della condizione apposti alla istituzione d'erede cogli effetti delle stesse modalità nei legati, in maniera da ridurre, come noi reputiamo doversi fare, ad unità fondamentale di concetti la dottrina del *dies* e della *conditio* nei testamenti. Hanno poi le teorie medesime quest' altro carattere: che nella sostanza si assomigliano e concordano fra loro più di quello che potrebbe credere chi si fermasse a considerare superficialmente le reciproche confutazioni. Quindi, invece di esaminarle singolarmente, e di seguirle nella parte polemica, noi passeremo ad esporre senz' altro la spiegazione relativamente più plausibile della invalidità del termine apposto alla istituzione d' erede, quale sembra risultare da esse tutte insieme studiate: e su questa porteremo dipoi il nostro modesto giudizio.

---

(2) § 9 Inst. *De her. inst.* II, 14: « Heres et pure et sub conditione « institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest (velut « *post quinquennium quam moriar,* vel *ex kalendis illis,* vel *usque ad* « *kalendas illas*): denique adjectum haberi pro supervacuo placet, et pe- « rinde esse ac si pure heres institutus esset ». L. 34 D. *De her. inst.* XXVIII, 5: [PAPINIANUS] « Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed, vitio tem- « poris sublato, manet institutio ».

(3) S' intende che noi ci riferiamo sempre al termine *primordiale* (*dies a quo*) ed alla condizione *sospensiva.*

La teoria degli scrittori, da noi unificata con tale criterio, è la seguente.

— Supponiamo che il *dies* (*certus*) dovesse tenersi in conto ed avere efficacia nella *heredis institutio*, come si tiene in conto la *conditio*. L'effetto suo sarebbe necessariamente questo, che pure alla condizione appartiene: sospendere l'acquisto dell'eredità per parte dell'istituito. Ma, non potendosi far luogo, nella pendenza del termine, alla eredità testamentaria, si potrebbero forse temporaneamente investire gli eredi intestati? Non si potrebbe, come non si può e non si fa nel caso di istituzione condizionale. La successione di una persona defunta, per diritto romano, non può essere che esclusivamente testamentaria o esclusivamente intestata: il cumulo, tanto contemporaneo, quanto successivo, delle due specie di eredità è vietato in modo assoluto [1]: e d'altronde, se non ci fosse altra ragione per impedire ai chiamati dalla legge di raccogliere temporaneamente l'eredità, nella pendenza del termine o della condizione, basterebbe di per sè la nota regola: *Semel heres semper heres* [2].

---

(1) § 5 Inst. *De her. inst.* II, 14: « ..... neque enim idem ex parte te- « status et ex parte intestatus decedere potest ». L. 7 D. *De reg. iur.* L, 17: [POMPONIUS] « Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et « intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est: te- « status et intestatus ». L. 39 D. *De acq. vel omitt. hered.* XXIX, 2: [ULPIANUS] « Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non « defertur ». L. 8 C. *Communia de success.* VI, 59: « Antequam scriptus « cuiuscumque portionis capax repudiet hereditatem, vel alia ratione quae- « rendae facultatem amittat, ei, qui testamentum reliquit, intestato nemo « succedit. Igitur perspicis quod, testamentariae successionis spe durante, in- « testato bona defuncti non recte vindicentur ». Cf. WINDSCHEID, III, § 537, N. 2, 3. — Del resto già l'EINECCIO derivava l'inefficacia del *dies* apposto alla istituzione d'erede dalla massima *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. (HEINECCII, *Elementa iuris civilis*, Lib. II, tit. XIV, § 544). — Su questa celebre massima vedi BONFANTE, *L'origine della* hereditas *e dei* legata *nel diritto successorio romano; a proposito della regola* « Nemo pro parte.... » (*Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, IV (1891) p. 97).

§ 39.

(2) Cf. WINDSCHEID § 537, N. 3; § 554, N. 1, 18; § 555, N. 1. — È da osservare che al *testamentum militis* non si applicano nè la regola *Nemo pro parte...*, nè quella *Semel heres....* Ad esso non sono nemmeno applicabili i principii, che per l'*heredis institutio ex die certo* valgono relativamente al testamento ordinario (del *paganus*). Cf. l. 15, § 4; l. 41 D. *De test. mil.* XXIX, 1.

Perciò l'effetto del termine dovrebbe essere necessariamente la sospensione dell'attribuzione della qualità di erede (testato o intestato) a qualsiasi persona: nella pendenza di esso, precisamente come avviene nella pendenza della condizione, si dovrebbe *aspettare* ad attribuire a chicchessia la qualità d'erede.

Gl'inconvenienti proprii di questa situazione, ossia della mancanza per un tempo più o meno lungo di un continuatore della persona del defunto, non hanno bisogno di esser dimostrati. Essi sono gravi dal punto di vista dell'interesse pubblico, così come dell'interesse dei legatari, e principalmente dei creditori del defunto; sono, ed ai romani appaiono, gravi tanto da giustificare perfino, secondo la testimonianza di GAIO [3], l'istituto della *usucapio pro herede:* « Quare autem tam improba possessio et usucapio concessa « sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates « adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa « observatio fuit, et ut creditores haberent a quo suum conseque« rentur ».

Ora, nel caso di condizione, questa aspettativa, questa sospensione, sebbene presenti siffatti inconvenienti, è d'altronde giustificata dalla necessità: la qualità di erede non si può attribuire ad alcuno, perchè non si sa ancora chi dev' essere l'erede: potrebbe essere così l'istituito, come il sostituito o il legittimo [4].

Invece nel caso di termine certo *si sa immediatamente chi dev' essere l'erede:* l'istituito e non altri. La sospensione quindi nuoce all'erede, ai creditori, ai legatarii, all'interesse pubblico, senza giovare a nessuno scopo e a nessuna persona: dunque non è giuridicamente ammissibile [5]. E siccome tale sospensione sarebbe,

---

(3) *Comm.* II, 55.

(4) V. nota 6.

(5) Cf. WINDSCHEID (III, § 555, N. 3), il quale, insieme con BRINZ (1 Aufl. p. 772) e KÖPPEN (*Die Erbschaft,* p. 100-101), qualifica la limitazione di tempo nella istituzione d'erede *ex die certo* come una « sinn-und nutz« lose Einschränkung », una « Chikane gegen die Erbschaftsgläubiger ». Cf., nello stesso senso: MACHELARD, op. cit. § 24; ENNECERUS, op. cit. II, § 58; ACCARIAS, tit. I, p. 845, 4ª edizione (1886). [Quest' ultimo nella n. 1 spiega il mutamento d'opinione, di fronte alle edizioni precedenti, nelle quali aveva in tutt' altro modo giustificato l'annullamento del *dies a quo* apposto alla istituzion d'erede. V. infra § 44].

come dicemmo, l' unico effetto, che il termine *potrebbe* avere: se *non deve* aver questo, evidentemente il termine rimane senza alcun' effetto: *pro supervacuo est.* —[6]

---

[6] Nella disposizione condizionale il differimento temporaneo della delazione, il decorso del tempo, che la precede, non è un elemento essenziale della modalità: ma è un elemento accessorio, provvisoriamente necessario come mezzo per dare efficacia all' elemento essenziale, che è *il verificarsi o no dell' evento.* Ciò è tanto vero, che, una volta risoluta questa incertezza dell' evento, la dilazione, la sospensione temporanea si può considerare come se non avesse avuto luogo: a questo concetto, nel caso di *condizione adempiuta,* risponde il principio della *retroattività.*

Al contrario nella disposizione a termine la dilazione è proprio l' elemento essenziale della modalità, non ha affatto il carattere di mezzo, ma è fine a se stessa. Cosicchè il *giungere del termine,* a differenza dell' *adempimento della condizione, non* può avere effetto *retroattivo:* il dare ad esso questo effetto sarebbe, per converso, togliere qualunque effetto alla apposizione di termine, sarebbe distruggere il termine.

La retroattività in materia di condizione significa che il diritto, se nasce, si considera come nato alla morte del testatore, ossia che la dilazione sparisce. Ma il diritto può nascere e non nascere: ed ecco l' effetto sostanziale della condizione. La retroattività in materia di termine, se fosse ammessa, significherebbe pure che il diritto nasce alla morte del testatore, che la dilazione sparisce. Ma il diritto in questo caso nasce di certo. E allora che cosa rimane?

Il principio della retroattività della condizione si può dunque dire una riprova della proposizione enunciata nel testo: che cioè l' *effetto sospensivo* della condizione apposta alla istituzione d' erede è giustificato soltanto dalla *necessità di aspettare l' evento,* che può essere favorevole o contrario all' istituito: la quale necessità non esiste nel caso di termine.

Invero sul principio della retroattività, ammissibile per la condizione e non per il termine, fondano alcuni scrittori la spiegazione del diverso trattamento giuridico del termine e della condizione nella istituzion d' erede (Demangeat, *Cours elem. de dr. rom.*, vol. i, lib. ii, p. 614; Unger, *System des österreich. allg. Privatrechts,* ii, § 83, N. 6). Dalle precedenti considerazioni ci sembra dimostrato che tale dottrina, lungi dall' essere, quale potrebbe apparire a prima vista, contraria a quella esposta nel testo, ha invece comune con essa la base sostanziale.

È superfluo del resto dichiarare che noi non abbiamo inteso affatto con ciò di pronunziarci sulle gravissime questioni in merito alla retroattività della condizione adempiuta. Quanto abbiamo detto è sufficientemente legittimato dalla semplice osservazione incontestabile che la retroattività è, ad ogni modo, possibile e concepibile rispetto alla *condizione,* mentre non è

§ 40.

Questa la sola spiegazione, relativamente plausibile, che si può rilevare da quanto è stato scritto fin qui sulla materia. Vediamone ora il lato debole, pel quale non regge alla critica.

Si è detto: — ammesso che effetto del *dies* fosse sospendere la delazione, come è effetto della *conditio,* si saprebbe con certezza, *pendente die,* chi sarà l' erede, poichè, siccome il termine giungerà di certo, erede sarà sempre l' istituito e non altri. — Questa affermazione è essenziale alla teoria esposta, perchè nella preventiva certezza intorno all' erede si fonda appunto l' inutilità della sospensione o aspettativa, e la conseguente sua inammissibilità giuridica. Ebbene, questa affermazione non è vera.

Infatti, sospesa la delazione per effetto del *dies,* ossia differita al giungere di questo, sarebbe pur differita all' epoca stessa la facoltà di adire l' eredità [1]; e quindi, se, come è possibile, l' istituito venisse a mancare, cessasse di vivere, pendente il termine, cesserebbe con lui ogni effetto della istituzione, non si farebbe altrimenti luogo alla delazione della eredità per testamento: nè l' istituito stesso, nè i suoi eredi potrebbero raccoglierla [2], ma la raccoglierebbero invece gli eredi intestati.

Adunque non è più vero che, ammesso pure l' effetto sospensivo del termine nella istituzione d' erede, *si saprebbe immediatamente chi dev' esser l' erede;* non è più vero che la sospensione e l' aspettativa riuscirebbero inutili per non esservi incertezza intorno alla delazione futura: questa incertezza vi sarebbe anzi, e dipenderebbe dalla possibilità che l' istituito sopravviva o no al termine.

---

concepibile affatto rispetto al *termine.* Anzi, a confessione degli stessi più autorevoli e più tenaci avversarii della retroattività, se questa non deve ammettersi, la causa va ricercata nel fatto che la condizione contiene un termine: « ..... es ist anzunehmen dasz die Bedingung.... eine Befristung en« thalte » (WINDSCHEID, I, § 91, p. 284).

§ 40. (1) L. 151 D. *De verb. signif.* L, 16: [TERENTIUS CLEMENS] « Delata « hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi ».

(2) Per il noto principio romano: *Hereditas non adita non transmittitur.* Il legato, al contrario, può esser trasmesso anche se il legatario muore ignorando il lascito.

Insomma dal punto di vista, dal quale si son posti fin qui gli scrittori, lungi dall' ottenere una spiegazione razionale, come dapprima sembrava, della differenza fra *termine* e *condizione* nella istituzion d' erede, si verrebbe a questa conseguenza: che anche il *dies* (*certus*) dovrebbe avere efficacia condizionale, in quanto implichi la *condizione di sopravvivenza* dell' istituito a un' epoca determinata; logicamente si sarebbe costretti a proclamare che nella *heredis institutio* anche *dies certus conditionem facit.* (3)

§ 41.

Questo carattere condizionale che il *dies certus,* se fosse ammissibile e dovesse esser tenuto in conto, verrebbe ad assumere nella *heredis institutio,* è veduto e dimostrato abbastanza chiaramente dal MACHELARD (1). Il quale peraltro, invece di ritirarsi da una via, che deve esser falsa, perchè conduce a risultati opposti a quelli, pei quali era stata intrapresa, e invece di tentarne una nuova, si spinge sempre più avanti per quella. Sembra quasi che, essendosi chiarita insufficiente la teoria da lui e dagli altri formulata intorno al *dies* ed alla *conditio* nella istituzion d'erede, egli pretenda colmare i vuoti col formulare errori gravi, non più di scienza astratta, ma di diritto positivo.

Ecco, nella sostanza, come ragiona il Machelard (2): — Il *dies certus* apposto alla istituzione d' erede rappresenta la *condizione di sopravvivenza* [dell' istituito] *ad un' epoca determinata:* eppure non è considerato come condizione, ma anzi conserva il proprio carattere di *dies,* e, come tale, si ha per non scritto. Ciò avendo riconosciuto, bisogna, per esser conseguenti, ammettere che *qualunque*

(3) Per coloro in particolare, che vedono nella retroattività della condizione adempiuta la ragione della diversità di effetti del *dies* e della *conditio* (v. § 39, n. 6), osserviamo che gli effetti dell' adizione si retrotraggono sempre all' apertura della successione, e però la retroattività si avrebbe quando la delazione fosse sospesa dal *dies,* precisamente come si ha quando è sospesa dalla *conditio.* L. 193 D. *De reg. iur.* L, 17: [CELSUS] « Omnia fere « iura heredum perinde habentur ac si continuo sub tempus mortis here- « des extitissent ».

(1) Op. cit. § 31 (p. 572 delle *Dissertations*). § 41.

(2) §§ 31 e 32.

condizione di sopravvivenza ad un' epoca determinata, anche espressamente apposta alla istituzione d'erede, deve equivalere ad un *dies,* e si deve ritenere come non scritta. Quindi — sempre secondo il Machelard — a quella stessa guisa che è a termine, e perciò considerata come pura e semplice, l'istituzione di Tizio *post decennium quam moriar,* deve qualificarsi *a termine,* e considerarsi pura e semplice l'istituzione di Tizio *si mihi per decem annos supervixerit,* e poi anche quella *quum* (o *si*) *pubes factus fuerit.* —

Ora, a parte che rimarrebbe sempre da giustificare intrinsecamente e razionalmente il carattere di termine attribuito così a certe condizioni, il fatto positivo si è che queste condizioni nel diritto romano non hanno punto tale carattere, e che i testi, anzichè suffragare, chiaramente smentiscono la cervellotica affermazione del Machelard [3].

Nondimeno questa ha una importanza per noi. Poichè, in conclusione, abbiamo visto come dai principii fino ad ora fatti valere per spiegare la differenza fra condizione e termine certo, si possa dedurre da un lato il carattere condizionale del termine certo, e dall' altro si giunga fino ad attribuire carattere di termine certo ad alcune condizioni [4]: ossia come l'uguaglianza scaturisca precisamente di là, donde si voleva far sorgere la spiegazione della differenza, ed in particolare il ravvicinamento si manifesti, così per un verso come per l'altro, tra il *dies certus* e la *conditio superviventiae.*

---

(3) L. 33 pr. D. *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6: [AFRICANUS] « Si « mater ita testetur, ut filium impuberem *quum erit annorum quatuorde-* « *cim* heredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi heres non erit, « alium substituat, valet substitutio ». — Lo stesso MACHELARD è invero, su questo punto, pieno di ambagi e di dubbii. Sopratutto esita prima di negare il carattere condizionale alla istituzione *quum pubes factus erit,* e non si sa decidere a considerare questa modalità come un semplice termine da aversi per non scritto (§ 33). Però si consola riflettendo che alla possibilità di una istituzione siffatta si potrà supplire (§ 34), quantunque insufficientemente (§ 35), mediante un fedecommesso. Magra consolazione davvero! E non vi è bisogno di insistere a dimostrarlo.

(4) Mentre il MACHELARD non vuole accettare il principio *dies certus facit conditionem* (nella istituzione d'erede), perchè lo riconosce contrario ai testi, sebbene conseguenza necessaria dei dati, sui quali egli ha ragionato insieme cogli altri, cade nel principio inverso, non meno contrario ai testi, affermando in sostanza che, in certi casi, *conditio facit diem certum.*

§ 42.

Tutto ciò, mentre ci conferma nella opinione che la teoria degli scrittori manca di base, ci offre nello stesso tempo l' occasione e la guida per tentare di trovar questa base.

Ed ecco giunto il momento di ridurre la dottrina del *dies* e della *conditio,* nelle disposizioni *causa mortis,* ad unità di concetti fondamentali.

Di fronte ad una liberalità testamentaria, qualunque essa sia, si presenta subito il problema consistente nel determinare l' epoca in cui il diritto, che ne deriva, deve avere l' importante carattere della *trasmissibilità.*

Quando la disposizione è pura e semplice, la scelta di quest' epoca non è dubitabile: il *dies cedit* immediatamente, all' apertura della successione.

Quando alla disposizione testamentaria è apposto un termine o una condizione, può esservi dubbio, in astratto, se la trasmissibilità debba stabilirsi all' apertura della successione, oppure si debba ritardare fino al verificarsi della modalità. Siccome, in questa ipotesi, il diritto esiste prima come *meno perfetto,* e poi come *perfetto* [1], il problema può esser posto così: Deve o no il diritto meno perfetto esser *trasmissibile?*

E poichè nei testamenti l' elemento intenzionale domina tutto, ed ha come carattere particolare l' *intuitus personae,* la trasmissibilità non dovrà ammettersi quando urti coll' *intuitus personae,* dovrà ammettersi quando lo soddisfi.

Urterebbe, come vedemmo [2], contro l' *intuitus personae* l' ammettere la trasmissibilità nella disposizione condizionale, perchè potrebbe produrre un beneficio diretto ed immediato a vantaggio di persona diversa da quella che è oggetto dell' *intuitus.*

Non urta, ma soddisfa anzi, l' *intuitus personae* l' ammettere la trasmissibilità nella disposizione a termine certo: perchè, mentre non produce nessun vantaggio immediato a persona estranea [3], aumenta il valore del beneficio per la persona, che è oggetto dell' *intuitus* [4].

---

(1) V. sopra § 24.

(2) § 33.

(3) § 32.

(4) § 32, n. 7.

§ 42.

Perciò quando la disposizione è a termine certo la trasmissibilità deve essere ammessa, e la *cessio diei* deve essere stabilita all'apertura della successione, precisamente come se la disposizione fosse pura e semplice; quando è condizionale non si può ammettere la trasmissibilità prima che il *dies veniat*, prima che esista il diritto perfetto, prima che la condizione siasi verificata.

Il precedente ragionamento, quale fu svolto a proposito dei legati, si applica indifferentemente, perchè concepito in termini generali, a qualunque specie di beneficio testamentario.

Nè per la CONDIZIONE vi è altro da aggiungere, anche ponendo in confronto, relativamente a tale teorica, l'istituzione d'erede col legato: l'identità è completa [5].

Invece per ciò che riguarda il TERMINE CERTO vi è qualche cosa da aggiungere.

Nel legato il caso del termine certo assomiglia parzialmente a quello, in cui manchi qualsiasi modalità, perchè ha luogo all'apertura della successione l'acquisto di un diritto trasmissibile. Ma non assomiglia totalmente, perchè questo diritto nel legato puro e semplice, oltre ad esser trasmissibile, è anche *eseguibile* immediatamente, mentre in quello a termine certo non è eseguibile fino al giungere del termine stesso. Cosicchè nel legato il termine certo ha una qualche efficacia, precisamente in quanto, se non sospende il *dies cedit*, sospende però il *dies venit*. Questa separazione, appunto e soltanto, del *dies cedit* dal *dies venit* è ciò che caratterizza, nei legati, il termine certo. Essa non ha luogo in nessun'altra figura di legato: perchè nel legato puro e semplice il *dies cedit* e *venit* all'apertura della successione, in quello condizionale il *dies cedit* e *venit* quando la condizione si verifica.

Nella istituzione d'erede il caso del termine certo pure assomiglia a quello, in cui non siavi modalità di sorta intanto in quanto la *trasmissibilità* del diritto, la *cessio diei* [6] deve esser posta ne-

---

[5] Nella istituzione d'erede, anche pura e semplice, il diritto non sorge di per sè, come nel legato, ma occorre sempre l'*adizione* perchè il diritto sia quesito col carattere della trasmissibilità. Peraltro l'identità di effetto della condizione nel legato e nell'istituzione d'erede si riscontra in questo: che è sospesa in entrambi i casi la possibilità di trasmettere il diritto (trasmissibilità).

[6] Questa espressione non è, a proposito della *heredis institutio*, adoperata propriamente, ma soltanto per comodo di ragionamento, come equivalente a *trasmissibilità*. (V. § 24 in fine).

cessariamente, per le ragioni suesposte, all'apertura della successione [7].

Adunque, quanto al *dies cedit*, il termine certo non produce effetto di sorta, è *tamquam non esset* in tutte le disposizioni testamentarie, sieno a titolo particolare o a titolo universale.

Che dire, relativamente alla istituzione d'erede, quanto a quel minore effetto, che vedemmo spiegare al termine certo nei legati, consistente nel sospendere il *dies venit*, separandolo così dal *dies cedit?* Rispondiamo: questa sospensione del *dies venit* mentre il *dies cedit* ha già avuto luogo, questo dilazionare la sola *eseguibilità* del diritto, mentre il diritto è già quesito col carattere della *trasmissibilità*, non è giuridicamente ammissibile nè possibile nella istituzione d'erede. Per usare un linguaggio ormai noto (§ 24), possiamo dire: non è ammissibile nè possibile che nella istituzione d'erede si applichi il carattere della trasmissibilità al diritto meno perfetto; una volta stabilito, per i generali principii dell'*intuitus personae*, che in tutte le disposizioni a termine certo la *trasmissibilità* deve aversi prima dell'arrivo del termine, nella istituzione d'erede è necessario che innanzi questo tempo sia perfetto il diritto. Vediamo perchè.

Abbiamo detto: non è ammissibile. Si tratterebbe di sospendere l'effetto della istituzione, ossia l'attribuzione della qualità d'erede all'istituito. Le ragioni, per le quali tale sospensione non è ammissibile furono già svolte esponendo la opinione comune [8], e non

---

[7] Diciamo questo nel senso che, a differenza della *conditio*, il *dies certus* non deve sospendere la possibilità di trasmettere (trasmissibilità); non nel senso che questa trasmissibilità esista *ipso iure* alla morte del testatore, senza bisogno di nessun atto positivo da parte dell'istituito. (V. sopra n. 5).

[8] § 39. — Si potrebbe da qualcuno dubitare che sospendere la sola *eseguibilità* della istituzione sia forse qualcosa meno di quello che sospendere l'*attribuzione della qualità d'erede*, e precisamente sia soltanto dilazionare l'*esercizio* di questa qualità già attribuita in precedenza. Avvertiamo pregiudizialmente che, qualora la sospensione della eseguibilità fosse da intendersi in tal modo, sarebbe ancor meno ammissibile come effetto del *dies*. Infatti tanto repugna questa dilazione dell'esercizio delle funzioni ereditarie, che la stessa *conditio*, la quale pure ha forza di sospendere l'attribuzione della qualità d'erede e la trasmissibilità del diritto, non ha invece forza di impedire che, nella sua pendenza, l'istituito chieda ed ottenga la *bonorum possessio secundum tabulas*. L. 6. D. *De bon. poss. sec. tab.* XXXVII, 11:

occorre qui ripeterle parola per parola: — Nessuno potrebbe nel frattempo raccogliere l'eredità; vi sarebbe un'aspettativa dannosa a tutti, senza essere utile a nessuno scopo: *giacchè sarebbe certo nel futuro l'effetto della istituzione* —. Alla dottrina comune si poteva obiettare, e si obiettò [9], non esser vero che sia certo nel futuro l'effetto della istituzione, perchè la possibilità che l'istituito premuoia al termine, e quindi venga con esso a mancare l'istituzione, rende sempre incerto codesto effetto, nonostante la certezza del termine. Questa unica, ma perentoria obiezione, di cui vedemmo l'importanza di fronte alla opinione comune, non trova luogo di fronte alla nuova base, che noi abbiamo dato alla teorica. Poichè, dovendo, per i più generali e più alti principii esposti, essere affermata la trasmissibilità fino dall'apertura della successione, anche se viene in seguito a mancare l'erede istituito, non manca ormai più, in nessun modo, l'effetto della istituzione. In sostanza la condizione di sopravvivenza, che altrimenti sarebbe insita nel *dies* apposto alla *heredis institutio,* è eliminata dalla presunta volontà del testatore, dalla necessità di soddisfare l'*intuitus personae.*

Ma, oltre che non ammissibile giuridicamente, non è nemmeno possibile, data la *cessio diei* all'apertura della successione, sospendere il *dies venit* fino al giungere del termine. Infatti, per il principio *Hereditas non adita non transmittitur,* di trasmissibilità del diritto non è da parlarsi nella istituzione d'erede, se non s'intende che la *facoltà di trasmettere* implichi la *facoltà di adire.* Queste due facoltà devono dunque sorgere necessariamente insieme, appena morto il testatore. Ma l'adizione è appunto un fatto positivo che rende perfetto il diritto dell'istituito, che fa assumere ad esso, immediatamente e indelebilmente, la qualità d'erede, è il primo e sostanziale atto d'*esecuzione* della volontà contenuta nella istituzione d'erede [10]. Dunque la *facoltà di adire* comprende necessariamente

---

[ULPIANUS] « Hi demum sub conditione heredes instituti bonorum posses- « sionem secundum tabulas, etiam pendente conditione, necdum impleta, « petere possunt.... » —. In merito poi al dubbio formulato in questa nota, v. infra n. 10.

(9) § 40.

(10) L'esecuzione della istituzione d'erede non può essere, come quella del legato, un pagamento, una consegna, una *apprehensio,* un qualsiasi fatto materiale. E non può essere qualche cosa di materiale o corporale, perchè l'eredità, che rappresenta in questa figura l'oggetto della disposizione, è immateriale, incorporale, è un *quid juris,* e non un *quid facti.* Il testatore

a sua volta la *facoltà di eseguire* la disposizione; dunque, quando la prima esiste non è possibile ormai più che non esista la seconda, non è possibile ormai più che l'*eseguibilità* rimanga sospesa. In breve: nella istituzione d'erede il *dies venit* non può essere spostato e separato dal *dies cedit*.

Ed ora la spiegazione della inefficacia assoluta del termine certo nella istituzione d'erede, come pure della diversità di trattamento del *dies certus* di fronte alla *conditio,* apparisce soddisfacente ed irrefutabile. Nelle disposizioni testamentarie in genere, e quindi anche nella istituzione d'erede, la condizione ha piena efficacia sospensiva, perchè sospende il *dies cedit* e il *dies venit*. Il termine certo non ha mai forza di sospendere il *dies cedit*. Pure nei legati manifesta una qualche efficacia, sebbene meno piena della condizione, in quanto sospende il *dies venit*. Al contrario nella istituzione d'erede non ha nemmeno la forza per dilazionare il *dies venit,* non può spiegare nemmeno quella minore efficacia, che spiega nei legati: per conseguenza rimane necessariamente ed assolutamente inefficace; se è apposto è considerato affatto come se non fosse; esattamente dicono i romani: « adjectus *pro supervacuo* habetur » [11].

---

ha voluto che, dopo la sua morte, il nominato da lui assuma quell'*universum jus,* che formava la sua personalità giuridica; questa assunzione ha luogo appunto mediante l'*aditio:* quindi, appena l'adizione ha avuto luogo, la disposizione testamentaria, è, senz'altro, portata ad *esecuzione.*

[11] Il fondamento che giustifica tale principio, secondo noi, è dunque sostanzialmente questo: si presume che il testatore non abbia voluto escludere la possibilità che, se il beneficato muore prima del termine certo, si trasmetta il beneficio all'erede di lui, ossia non abbia voluto sottoporre l'efficacia della propria disposizione alla condizione che il beneficato sopravviva al termine. Quindi allorchè la *condizione di sopravvivenza ad un' epoca determinata* è espressa dallo stesso testatore, cade necessariamente la presunzione, la modalità è efficace come condizione, e non è affatto parificata al termine certo, siccome vorrebbe il MACHELARD. V. sopra § 41.

CAPITOLO VI

Il dies incertus *nella istituzione d'erede*

SOMMARIO.

§ 43. La regola *Dies incertus....* nella istituzione d'erede. La spiegazione, già dominante, proposta dal DEMANGEAT. — § 44. Critica. — § 45. L'OPINIONE NOSTRA. Si completa l'unificazione della teoria circa il *dies* (*certus, incertus*) e la *conditio* nelle disposizioni testamentarie. — § 46. La legge *Extraneum* 9 Cod. *De her. inst.* e l'istituzione d'erede per il giorno della *morte dell'onorato.* — § 47. *Continua.* Spiegazione della legge *Extraneum.*

§ 43.

Per qual ragione, mentre il *dies certus,* nella istituzione d'erede, si ha per non scritto, il *dies incertus,* alla pari della condizione, è tenuto in conto, e sospende la delazione dell'eredità?

A questa domanda, che formulammo in principio del capitolo precedente, verrebbe logicamente e pronta la nostra risposta, dopo ciò che abbiamo detto nel capitolo stesso. Crediamo però opportuno, innanzi di esporla, vedere, secondo il solito, quali sieno le risposte date dagli altri.

Non ci fermeremo sopra la risposta, diciamo così, negativa dello SCHÖMANN, il quale non ammette questa parificazione del *dies incertus* (*quando, certus an*) alla *conditio* nella istituzione d'erede, opinando che la regola *Dies incertus....* sia applicabile solamente ai legati (1).

Risposta negativa è pur quella dell'ACCARIAS; il quale, dopo avere esaminate e confutate le varie teorie su questo argomento, in conclusione confessa di non sapere afferrare il motivo della dot-

§ 43. (1) Di questa opinione dello SCHÖMANN avremo occasione di parlare nella P. III, § 52. Perciò non ci fermiamo a discorrerne qui, come non ci fermammo su di essa nella P. I, dove pure, per ragion di materia, sarebbe stato il suo luogo.

trina romana sul *dies incertus* (2). « Mais cela » — egli aggiunge (3), ponendosi così, per un altro rispetto, in opposizione aperta colla negazione dello Schömann — « ne fait pas que j'adhère à une opi-« nion un peu temeraire d'après laquelle ce serait seulement dans « les legs que le *dies incertus* equivaudrait à une condition. » E dopo avere espresse le ragioni, per le quali crede di non poter accogliere questa dottrina (4), termina colla seguente osservazione, perfettamente giusta dal suo punto di vista: « D'ailleurs on verra « plus tards que cette règle n'est pas plus facile à motiver dans « son applications aux legs (5) qu'aux institutions, et dès lors il n'y « a aucune raison concluante pour en restreindre la portée ».

Venendo invece a parlare delle risposte positive, ossia delle spiegazioni razionali varie della regola *Dies incertus*.... applicata alla istituzione d' erede, osserviamo che per molto tempo ha appagato gli scrittori una spiegazione semplicissima: quella stessa che, a proposito dei legati, vedemmo attribuita nientemeno che a PAPINIANO. Secondo questa, il carattere condizionale del termine incerto deriverebbe dalla possibilità che l' istituito non sopravviva al termine. Ma, come semplice è la teoria, altrettanto semplice e decisiva è la confutazione, che pur non è nuova per noi (6). Evidentemente se la possibilità che l' istituito non sopravviva al termine avesse davvero forza di conferire al termine carattere condizionale, questo dovrebbe affermarsi non solo pel *dies incertus,* ma per qualunque *dies,* ossia anche pel *dies certus* (7).

---

(2) V. sopra § 21 p. 62.

(3) Op. cit., vol. I, § 324, p. 862, n. 2.

(4) Egli osserva giustamente che l' espressione *in testamento,* contenuta nella legge di PAPINIANO (75 D. *De cond.*), comprende tanto l' eredità quanto il legato. Per noi è decisiva, a questo proposito, la l. 104, § 6, D. *De leg. et fideicomm. I* (XXX), discussa nella P. I, § 16, p. 41 e seg., la quale contiene appunto un chiaro esempio della regola *Dies incertus*... applicata alla istituzione d' erede.

(5) V. sopra § 34, n. 8 e § 21, p. 62.

(6) V. sopra § 34, p. 102.

(7) Ecco come si esprime, a questo proposito, l'ACCARIAS (l. c.): « On « part de cette idée très juste que toute institution d'héritier est fait *intuitu* « *personae,* et l'on dit que l'institué *ex die incerto* pouvant mourir avant « l'arrivée du terme, sa vocation se trouve, par la force des choses, subor-« donnée a cette condition: *s'il vit encore au jour òu le terme arrivera.* « Mais il est facil de voir que cette explication passe à côté de la difficulté

Quindi dagli scrittori più recenti si è cercata e si è formulata una nuova spiegazione, la quale per un certo tempo ha incontrato fortuna. Prima di passare ad esaminarla, conviene aprire una specie di parentesi, per intenderne bene la genesi.

Nel capitolo precedente abbiamo esposta [8], e poi criticata [9], una teoria, che abbiamo detto dominante, intorno alla spiegazione della diversità di trattamento del *dies certus* e della *conditio* nella istituzione d'erede. Ora sembrerebbe *a priori* che le stesse ragioni, le quali, secondo gli scrittori, giustificano l'efficacia attribuita alla condizione, debbano anche valere, per gli scrittori medesimi, a giustificare la pari efficacia, ossia l'effetto condizionale, del termine incerto: e quindi che debba essere identica a quella allora esposta la teoria prevalente a proposito del *dies incertus* nella istituzione d'erede. Invece, relativamente al termine incerto, quella teoria non solo non è dominante, ma non esiste in nessuna maniera, ed è impossibile che esista. Essa infatti, per spiegare l'inefficacia del *dies,* si fonda esclusivamente sulla certezza del suo verificarsi, in confronto della condizione, di cui è incerto l'evento, vale a dire si fonda proprio su ciò, che il *dies certus* e l'*incertus* hanno di comune, e che li differenzia entrambi dalla condizione: per cui, stando a codesta dottrina, il termine incerto, nella *heredis institutio,* dovrebbe esser parificato al termine certo e non alla condizione.

Dunque, per giustificare l'inefficacia del *dies certus* nelle istituzioni d'erede, di fronte all'efficacia attribuita invece alla *conditio,* gli scrittori danno una spiegazione, e son costretti, i medesimi scrittori, a darne un'altra, quando la stessa inefficacia del *dies certus* vogliono spiegare di fronte alla efficacia, che invece è concessa al *dies incertus:* non occorre dimostrare la inverosimiglianza, per non dire l'assurdità, di una doppia teoria circa un identico principio.

Però, a ben comprendere l'origine della dottrina accolta da

« et ne la résout pas: car que j'institue un héritier *post quinquennium* « *quam moriar,* est-il bien sûr que cette institué vivra encore cinq ans « après ma mort, et par conséquent ne pourrait-on pas dire avec autant « de raison que sa vocation est subordonnée à cette condition: *s'il me sur-* « *vit pendant cinq ans?* Cependant ici l'on efface le terme et l'on repute « l'institution pure et simple ». — Cf. sopra § 34, n. 8. Confuta similmente questa teoria anche Demangeat, op. cit. vol. i, lib. ii, p. 644.

(8) § 39.

(9) § 40.

molti sul *dies incertus* nella istituzione d' erede, è necessario premettere un altro ordine di considerazioni.

Parlando dell' applicazione della regola *Dies incertus....* ai legati, abbiamo visto come facesse alla regola stessa eccezione il caso del legato *quum ipse legatarius morietur* [10]. Orbene, applicando questa regola alla istituzione d' erede, facevano o no i romani eccezione relativamente al caso analogo d' istituzione d' erede *quum ipse heres morietur?*

Si è creduto trovare la risposta a questa domanda nella famosa legge 9 Cod. *De her. instit.* (VI, 24), la quale da quasi tutti è considerata erroneamente come l' unico testo, che contenga un termine incerto apposto alla istituzione d' erede [11]. È una costituzione degl' imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, che suona così:

« Extraneum etiam quum morietur [12] heredem scribi placuit. »

Ragionando su questa legge, si è detto che essa, col sanzionare la validità del *dies mortis heredis* apposto alla istituzione d' erede, dimostra non solo che la regola *Dies incertus....* è applicabile anche all' istituzione d' erede, ma dimostra di più che qui non costituisce, come nei legati, eccezione alla regola stessa nemmeno il caso, in cui il *dies incertus* sia rappresentato dal *dies mortis* dello stesso beneficato.

Quindi si è concluso che la ragione, per la quale il termine incerto è efficacemente apposto alla istituzione d' erede deve essere indipendente dalla incertezza intorno alla sopravvivenza del beneficato all' avvenimento, che costituisce il termine, ossia deve esser tale da poter valere anche quando tra l' avvenimento designante il termine da una parte, e la morte dell' onorato dall' altra, esista un rapporto di assoluta certezza, come esiste nel caso della legge *Extraneum,* dove il termine incerto è determinato dalla stessa morte dell' onorato.

Ecco a quali riguardi è ispirata la teoria sul *dies incertus* nella istituzione d' erede, che per un certo tempo ha avuto la prevalenza, massime tra gli scrittori francesi, perchè, formulata originariamente dal DEMANGEAT, fu accettata e difesa dal BUFNOIR, portata a cielo dal GODART, e dapprima anche seguita, ed anzi estesa, dall' ACCARIAS.

---

(10) P. I, C. V.

(11) V. sopra n. 4.

(12) Così nella edizione di Berlino (KRÜGER). Le altre edizioni hanno per lo più « moreretur ». La differenza non influisce sul senso della legge.

Secondo questi scrittori, la ragione, per la quale l'istituzione a termine certo è reputata viziosa, e non quella a termine incerto, va ricercata unicamente nella preoccupazione gravissima da parte dei giureconsulti d'impedire qualsiasi offesa alla regola *Nemo pro parte....* Essi dicono:

— Quando il termine è certo, siccome uno spazio di tempo, secondo l'intenzione del testatore, esiste certamente fra l'apertura della successione e la delazione all'erede testamentario, è chiara la volontà di deferire la successione, prima e per un certo tempo, agli eredi intestati, e poi all'erede istituito: questa volontà, in quanto viola la regola *Nemo pro parte...*, vizia la disposizione. Invece quando il termine è incerto, non essendo certa l'esistenza di uno spazio di tempo fra l'apertura della successione ed il giungere del termine (giacchè questo può verificarsi ad ogni istante), non è necessariamente voluta dal testatore la delazione agli eredi intestati prima che all'erede istituito; ossia non è necessario supporre l'intenzione di offendere la regola *Nemo pro parte...:* quindi la disposizione non è da ritenersi viziata, ma pienamente lecita.

E ciò — aggiungono — è vero, oltre che dal punto di vista dell'intenzione del testatore, anche da quello delle pretese, che possono avanzare gli eredi intestati dopo la morte del *de cujus* e innanzi l'arrivo del termine. La possibile imminenza ad ogni istante, che è propria del termine incerto, tiene indietro, durante il suddetto tempo, gli eredi intestati, e così impedisce il cumulo successivo dell'eredità testata colla intestata. Al contrario, se il termine certo fosse ammissibile, essendovi uno spazio sicuro di tempo prima che debba aver luogo la delazione all'erede istituito, non si potrebbe impedire agli eredi intestati l'assunzione temporanea dell'eredità: e così sarebbe al solito violata la regola *Nemo pro parte....* [13] —.

§ 44.

Il Machelard [1] ha confutato ampiamente la suesposta teoria. E lo stesso Accarias, il quale, dopo averla lodata in una recensione

---

(13) Demangeat, l. c.; Bufnoir, op. cit., Cap. i, § iii, p. 12; Godart, op. cit., P. ii, Cap. i, p. 34. Riguardo all'Accarias, v. infra § 44, n. 3 e 4.

§ 44. (1) Op. cit. §§ 21-30.

dell' opera del Bufnoir [2], l'aveva anche estesa, nelle prime due edizioni del suo *Precis,* al rapporto tra il *dies certus* e la *conditio,* nell' ultima edizione invece la rigetta assolutamente e riassume contro di essa gli argomenti del Machelard [3]. Di modo che questa dottrina, già trionfante, possiamo dire aver ormai perduta, nella letteratura scientifica, quasi tutta la sua importanza.

Per dimostrarne la fallacia, non staremo a ripetere la confutazione del Machelard, il quale fors' anche ha un po' divagato. Ci contenteremo invece di fare per conto nostro poche osservazioni, che ci sembrano decisive.

Cominciamo dalla violazione, per così dire, intenzionale della regola *Nemo partim....*, che si pretende riscontrare nella istituzione d'erede a termine certo e non in quella a termine incerto. Invero non si capisce perchè, mentre uno spazio di tempo è contemplato dal testatore in ambi i casi (chè altrimenti non vi sarebbe termine) come intercedente fra la propria morte e la delazione dell' eredità all' istituito, si debba nell' un caso ritenere che il testatore abbia voluto, durante codesto spazio, deferire la successione agli eredi intestati, e non nell' altro. Non s' intende come mai possa essere una ragione per differentemente decidere il carattere di determinatezza, che appartiene a questo spazio nel primo caso, e non nel secondo.

Così pure è giuridicamente inintelligibile, è strano, è, se vogliamo, anche curioso che gli eredi intestati, i quali non si potrebbero tenere a freno quando lo spazio di tempo, che in ogni modo sarebbe loro assegnato, è determinato con un giorno del calendario, eziandio se è brevissimo, si debbano invece tenere tranquillamente e bene allorquando questo spazio sia indeterminato, ancorchè si possa prevedere lunghissimo.

Se poi ci facciamo ad esaminare le conseguenze della suddetta teoria nell' applicazione, non possiamo a meno di riconoscere che esse si presentano addirittura inammissibili, e che questa loro qualità sorge necessariamente da quei medesimi presupposti, che dicemmo formare la genesi logica della teoria [4].

---

[2] La recensione fatta dall'ACCARIAS dell'opera *Théorie de la condition suivant le droit romain* del BUFNOIR è inserita nella *Revue de legislation,* a. 1867, t. XXXI, p. 88.

[3] ACCARIAS, op. cit. I, § 320*bis*, p. 845, n. 1 e § 324, p. 865, n. 20.

[4] V. § 43.

Avemmo altrove occasione di considerare come il carattere condizionale, che una modalità qualunque imprime ad un diritto, consista nella *incertezza sulla futura esistenza del diritto stesso* (5). Una modalità, la quale non renda incerta questa esistenza, non può in nessun modo dirsi che abbia efficacia condizionale. Ebbene: in qual modo una modalità apposta ad un atto giuridico può produrre tale incertezza sulla futura esistenza del diritto?

Può produrla, in primo luogo, in quanto non sia prevedibile se l'avvenimento, che forma la materia della modalità, si verificherà o no. È questo il caso della condizione vera e propria, che produce la condizionalità del diritto in qualunqne ipotesi, e indipendentemente dal carattere di *trasmissibilità,* che esso abbia o non abbia.

Può produrla secondariamente, in quanto, pur prevedendosi con sicurezza il verificarsi dell'avvenimento, non sia peraltro prevedibile se l'avvenimento stesso si verificherà prima o dopo la morte della persona, a cui vien concesso il diritto. Ed è questo il caso, in cui la modalità, senza essere di per sè una condizione, può intendersi che *faccia condizione,* ossia può produrre la condizionalità del diritto, rendendone incerta la futura esistenza. Però, in tal caso, affinchè l'efficacia condizionale sia possibile, è necessario, evidentemente, che il diritto (finchè è meno perfetto) si qualifichi e sia *non trasmissibile.*

Dal che resulta naturalmente escluso che possa darsi efficacia condizionale di una modalità, quando sia preveduto che l'avvenimento si verificherà certamente, non solo, ma che certamente si verificherà vivendo tuttora la persona, a cui vien concesso il diritto. In questa ipotesi, sia che il diritto stesso si voglia considerare come trasmissibile, sia come non trasmissibile, la sua futura esistenza non è in nessun modo resa incerta dalla modalità apposta, e di condizionalità è assurdo il parlare.

Ora la teoria del Demangeat, del Bufnoir e degli altri conduce precisamente a decidere che il *dies incertus facit conditionem* nella istituzione d'erede anche quando il *dies* deve necessariamente scadere mentre l'istituito è tuttora in vita. Lo dichiarano espressamente i suoi autori:

« Si cette explication est la vraie, elle doit nous conduire à dé-
« cider que le *dies incertus* vaut condition dans l'institution d'hé-
« ritier, au rebours de ce qui à été dit pour les legs, même quand

(5) V. §§ 20, 24.

« il doit nécessairement échoir du vivant de l'institué, car dans ce « cas même, en l'absence d'un délai déterminé, la possibilité de « l'arrivée du terme à chaque instant suffit pour qu'on suspende, « suivant l'intention probable du testateur, la délation de l'héré« dité ab intestat [6] ».

Essi dunque non si sono accorti che su questo punto non vi può essere diversità fra i legati e l'istituzione d'erede, perchè una modalità, che non renda incerta la futura esistenza del diritto, non può mai, di qualunque genere sia l'atto giuridico, avere effetto condizionale.

Vi è anzi di peggio: essi hanno creata questa teoria, che porta ad una conclusione assurda, precisamente perchè porti a questa determinata conclusione assurda. Infatti vedemmo come, nel formularla, siano partiti dal concetto che la legge *Extraneum* contenga una applicazione della regola *Dies incertus...*, vale a dire che questa regola sia applicabile anche al caso della istituzione d'erede *quum ipse heres morietur* [7].

E da questo concetto sono partiti, perchè hanno ritenuto che altrimenti la legge *Extraneum* non sia spiegabile. Ora il fatto è (per terminare con una osservazione, che da sola è la più grande condanna della oppugnata teoria) che la stessa legge *Extraneum* diviene invece assolutamente inesplicabile se al *quum morietur,* in essa contenuto, si dà carattere condizionale. Infatti, dato il principio che l' adizione dell' eredità deve esser fatta personalmente dall' istituito e che, appunto quando l' erede è un *extraneus* [8], *hereditas non adita non transmittitur*, non è ammissibile una istituzione d' erede, in cui l' adizione personalmente fatta sia una impossibilità assoluta. E tale verrebbe ad essere nel caso della legge in parola: poichè prima della morte dell' istituito l' adizione sarebbe impossibile giuridicamente per non essersi ancora verificata la condizione, dopo la morte dell' istituito sarebbe impossibile naturalmente.

Non è dunque da maravigliarsi che questa dottrina non sia più dominante; ma piuttosto che abbia potuto essere anche per un momento. Ed allora quale dottrina sarà rimasta oggimai? Possiamo dire nessuna; giacchè lo stesso Machelard non ne ha sostituita altra a quella da lui vigorosamente combattuta, ed anche l'Accarias,

---

(6) BUFNOIR, op. cit., p. 13; Cf. GODART, op. cit. p. 34-35.

(7) V. § 43.

(8) V. infra § 47.

che seguì dapprima la teoria del Demangeat, rigettandola da ultimo, espressamente dichiara, come vedemmo [9], di non sapere escogitare nessuna ragione plausibile, che giustifichi l' efficacia condizionale del *dies incertus* nella istituzione d' erede.

§ 45.

Per noi invece, dopo quanto dicemmo nel § 42, riesce facilissimo il mostrare questa ragione, ossia lo spiegare perchè il *dies incertus* debba, anche nella istituzione d'erede, esser parificato alla *conditio* e non al *dies certus.* Non ci resta infatti che da trarre un semplicissimo corollario.

La necessità, dedotta dai principii dell' *intuitus*, di stabilire allorchè la disposizione è a termine certo, la trasmissibilità del diritto al momento in cui la successione si apre, senza differirla fino al giungere del *dies,* è ciò che toglie al termine certo medesimo ogni efficacia nella istituzione d' erede.

Nella disposizione a termine incerto, come vedemmo ampiamente a proposito dei legati [1], i principii dell' *intuitus personae* portano invece a differire la trasmissibilità del diritto fino all' arrivo del *dies,* e parificano così, sotto questo aspetto il termine incerto alla condizione, non al termine certo. Quindi manca la ragione di considerare il termine incerto nella istituzione d' erede *pro supervacuo,* come si considera il termine certo; e sussiste al contrario la ragione opposta di dargli piena efficacia, come si dà alla condizione.

Così è dimostrato il fondamento razionale della regola *Dies incertus....* anche nella istituzione d' erede. Così la dottrina del *dies* (*certus, incertus*) e della *conditio* apposti alle disposizioni testamentarie in generale, è, nei concetti fondamentali, pienamente unificata. Così alla inefficacia del *dies certus* aggiunto alla istituzione d'erede è attribuito un motivo unico, che vale a giustificarla tanto in confronto alla efficacia, che invece si dà alla *conditio,* quanto in confronto alla efficacia, che pure si dà al *dies incertus.*

---

(9) § 21 e § 43 n. 2.

§ 45. (1) § 37.

§ 46.

Prima di chiudere questo capitolo, occorre ritornare sulla famosa l. *Extraneum* 9 Cod. *De her. inst.*, della quale rimase sospesa l'interpretazione [1].

La più semplice interpretazione di questa legge, ma anche la meno accettata oggidì, è quella che si fonda sulla lezione « quum *quis* moreretur » delle edizioni antiche [2], lezione che non è confortata da nessun manoscritto. Il « quum moreretur » si riferirebbe allora ad un terzo (*quis*), anzichè all'erede. Notiamo che lo Scheurl intende così la legge, pur non aggiungendo materialmente il *quis* [3].

Secondo questa interpretazione, il *quum* [*quis*] *moreretur* rappresenterebbe indubbiamente un termine incerto con effetto condizionale, il quale, mentre sarebbe ammissibile per l'istituzione di un *extraneus*, non sarebbe per quella di un *suus*. La costruzione del testo verrebbe ad esser questa: « Placuit extraneum scribi heredem etiam quum [quis] moreretur » [4].

Dal punto di vista puramente giuridico siffatta interpretazione sarebbe accettabile. Ad essa però è di gravissimo ostacolo la mancanza del *quis* (e di qualsiasi parola equivalente) in tutti i mano-

---

[1] V. sopra §§ 43, 44. § 46.

[2] Il *quis* non trovasi ormai in nessuna delle moderne edizioni, ed è rigettato generalmente dai romanisti. È accettato per altro dall'Ortolan. (*Explication historique des Institutions*, II, p. 500). — Quanto al « moreretur » vedi sopra § 43, n. 12.

[3] Scheurl, op. cit., p. 346. — Il Borgna, op. cit., p. 40 segue lo Scheurl.

[4] Cf., tra gli altri, Heineccii, *Elem. jur.* lib. II, tit. XIV, § 544. — Il Machelard (op. cit., §§ 15-16) confuta l'opinione di coloro che riferiscono il « quum morietur » ad un terzo e non all'istituito, oltre che, siccome noi facciamo, coll'argomento tratto dai manoscritti, anche con un argomento dottrinale. Egli però basa questo sulla supposizione che codesti interpetri intendano la legge così: « Anche l'*extraneus* (e perciò anche il *suus*) può « essere istituito erede *quum* (*quis*) *morietur* ». Invece essi la intendono in modo affatto opposto, così: « L'*extraneus* (e non il *suus*) può essere « istituito erede anche *quum* (*quis*) *morietur* ». Quindi la confutazione del Machelard, sotto questo aspetto, è completamente sbagliata. — V. infra § 47.

scritti. Data questa mancanza, non è grammaticalmente possibile far soggetto del « quum moreretur » altro che lo stesso istituito.

Ed infatti quasi tutti gli scrittori moderni sono ormai concordi nel ritenere che la legge in esame contenga un *dies mortis ipsius heredis* (5). Però deve questo considerarsi come un termine incerto con effetto condizionale, o come un termine incerto eccezionale, che, alla pari del termine certo, *pro supervacuo habetur?*

Esaminammo e confutammo la prima delle due soluzioni (6), e nella confutazione possiamo dire di avere anche implicitamente fatta conoscere la ragione, per la quale noi ci accostiamo invece all'opinione del Machelard, accolta dall'Accarias, che, cioè il *dies mortis ipsius heredis* faccia, nella istituzione d'erede, eccezione alla regola *Dies incertus...*, come alla regola stessa costituisce, nei legati, eccezione il *dies mortis ipsius legatarii.* Non è possibile mai, in nessuna ipotesi — abbiamo detto ripetutamente — attribuire carattere ed efficacia condizionale ad una modalità, di cui il verificarsi è prevedibile con certezza, oltre che in se stesso, anche relativamente alla vita di colui, al quale si concede il diritto. Poichè una modalità siffatta, per quanto possa anche per un tempo indeterminato dilazionare il rapporto giuridico, non vale a rendere incerta la futura esistenza di esso. Il *quum morietur* è perciò un *dies incertus* (*quando*), che non può, nemmeno *in testamento, conditionem facere,* nè riguardo al legato, nè riguardo alla istituzione d'erede, allorchè si riferisce, siccome a soggetto, all'onorato medesimo.

Se poi guardiamo più in alto, alla ragione prima, per la quale, secondo le idee nostre, il *dies certus* si ha per non apposto alla istituzione d'erede, a differenza del *dies incertus,* a cui invece si attribuisce efficacia condizionale, scorgiamo subito, da questo punto di vista, che quando il *dies incertus* è quello della *morte dell'erede,* allora, eccezionalmente, esso deve, come il *dies certus,* aversi *pro supervacuo.*

Ed invero l'inefficacia del *dies certus* aggiunto alla istituzione d'erede deriva, secondo la teoria esposta innanzi (7), dalla necessità che, conseguentemente ai principii dell'*intuitus personae,* il diritto sia trasmissibile. Ora questa necessità si manifesta, ed *a fortiori,* quantunque eccezionalmente, rispetto a quello speciale *dies incertus,*

---

(5) Cf. anche Unger, III § 17, N. 2.

(6) § 44.

(7) § 42. Cf. § 45.

che si concreta nella morte dello stesso onorato: giacchè in questo caso la tramissibilità, mentre non può urtare in modo alcuno contro l'*intuitus personae*, col far risentire un beneficio immediato a persona estranea, è anzi dalle ragioni dell'*intuitus* invocata, perchè senza di essa, la disposizione sarebbe invalida e nessun beneficio ne risentirebbe quindi l'onorato medesimo [8].

E così la regola e l'eccezione, le ragioni della regola e le ragioni della eccezione, nei legati e nella istituzione d'erede, sono fondamentalmente concordi.

§ 47.

E qui potremmo chiudere questo capitolo e questa *seconda parte* del nostro lavoro, se non ci premesse di rilevare e risolvere certe difficoltà, che sembrano opporsi alla opinione da noi accettata intorno alla legge *Extraneum*.

Noi dunque abbiamo accolta l'opinione, che considera la modalità *quum morietur*, espressa in detta legge, come un semplice *dies*, non avente efficacia condizionale, scartando quella che lo considera come avente carattere ed effetto di condizione, sia che alla espressione « quum morietur » dia per soggetto una terza persona (*quis*), sia che *ipse heres*.

Però, se prescindiamo per un momento dalle ragioni decisive, che ci hanno indotto a questa soluzione, e consideriamo la legge semplicemente in se stessa, nel significato delle sue parole, e nella affermazione che contiene, vediamo che essa, mentre apparirebbe completamente spiegata, qualora avessimo seguita l'opinione scartata, ci si presenta invece tuttora da spiegarsi di fronte all'opinione accolta. Insomma ci persuadiamo che coloro (Machelard, Accarias), i quali ci hanno preceduto nel ritenere il *quum morietur* come un termine senza carattere condizionale, non si sono preoccupati di spiegare la legge.

Se infatti noi riconosciamo, nel caso della legge, una istituzione

(8) V. P. I, § 20 e spec. P. II, § 37, n. 6. Le osservazioni ivi contenute relativamente al legato si applicano a qualunque beneficio testamentario, vale a dire anche all'istituzione d'erede.

condizionale(1), si capisce subito lo « scribi placuit » e l' « extraneum »: perchè la condizione è, in genere, ammessa nella istituzione d'erede, mentre non è ammesso il termine, e perchè una condizione di tale specie (che non sarebbe potestativa) non è apponibile alla istituzione di un *heres suus,* ma soltanto a quella di un *extraneus.*

Se invece ci vediamo, come è necessario vederci, una istituzione a termine senza effetto condizionale, considerando che il termine semplice non è ammesso nella istituzione d'erede, quale significato ha lo « *scribi placuit* »? e perchè « *extraneum* »? e qual'è la ragione della legge?

Cerchiamo di rispondere a quest' ultima domanda, che in sostanza comprende anche la altre due.

Gl'imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO, colla loro costituzione, risolvevano il dubbio « se l'istituzione d'erede *quum ipse heres* « *morietur* sia ammissibile, anche quando l'istituito è un estraneo ».

I motivi, che davano luogo al dubbio, dovevano essere i seguenti:

a) Quando l'istituito è un *extraneus,* a differenza di quando è un *suus,* è necessaria l'adizione dell'eredità fatta personalmente dall'istituito.

b) Il *dies incertus* (chè tale è il *dies mortis*), apposto ad una istituzione, *facit conditionem,* e quindi sospende la facoltà d'adire fino al suo giungere.

L'adizione dell'eredità da parte dell'istituito parrebbe, per conseguenza, che dovesse aver luogo *quando* l'istituito *muore.* Come sarà ciò possibile? La difficoltà dunque deriva dalla necessità dell'adizione, la quale esiste soltanto per l'*extraneus.* Il dubbio e la ragione immediata di esso possono semplicemente formularsi così:

« Si dubita se anche l'estraneo possa istituirsi erede *quum* « *morietur* — perchè (*ratio dubitandi*) dovrebbe adire *quando* « *muore* ».

Orbene, gl' imperatori, nel rispondere al dubbio, considerano che la regola *dies incertus facit conditionem* non si applica al caso,

---

§ 47. (1) Fra coloro, che attribuiscono carattere condizionale alla modalità contenuta nella legge *Extraneum,* è da annoverarsi anche il MAASSEN *Ueber die Rechtsregel* ecc., p. 26 (degli *Erörterungen*).

(2) L'istituzione di un *filius suus* sotto condizione non potestativa sarebbe invalida. V. MACHELARD, op. cit., § 16. Cf. sopra § 46, n. 4.

in cui il termine incerto sia il *dies mortis ipsius heredis,* e che però in questo caso la facoltà di adire sorge subito, alla morte del testatore, senza essere affatto sospesa; per conseguenza lo risolvono così:

« Si decide che anche l'*extraneus* può istituirsi erede *quum* « *morietur* — perchè (*ratio decidendi*) può adire *fino dalla morte* « *del testatore* ».

Lo « scribi placuit » non significa dunque che sia efficace la modalità *quum morietur,* ma che è ammissibile l'istituzione con codesta modalità, ed il perchè si parli di *extraneus* è perfettamente chiarito.

In sostanza ed in conclusione, la *ratio dubitandi,* nel caso della legge *Extraneum,* tanto discussa dagli scrittori, si basa sulla REGOLA *Dies incertus...,* e la *ratio decidendi* sulla ECCEZIONE, che, in contrapposto alla regola stessa è costituita dal *quum (ipse heres vel legatarius) morietur.*

PARTE TERZA

Legislazione moderna, e pratica.

Proemio

§ 48.

Nelle due parti precedenti abbiamo dimostrato che la parificazione del *dies incertus* alla *conditio*, nelle disposizioni testamentarie, ha fondamento reale nei testi, e sta in perfetta armonia cogli altri principii del diritto romano. Ci lusinghiamo, con questo, di aver raggiunto lo scopo più arduo e più altamente scientifico del lavoro.

Nondimeno sembra opportuno, seguendo il tracciato disegno, accennare brevemente, in questa *terza parte,* alla utilità ed applicabilità concreta delle nostre vedute teoriche, mostrando come, in ordine ad esse, si presenti facile la soluzione delle questioni, che, intorno alla regola *Dies incertus...*, sono sorte e sorgono così di fronte ai codici moderni, e in particolare di fronte al Codice civile italiano, come nella stessa pratica del diritto romano positivo.

CAPITOLO I.

La regola Dies incertus.... *nella legislazione moderna.*

SOMMARIO.

§ 49. La regola *Dies incertus*.... in armonia coi principii della legislazione moderna. — § 50. La regola *Dies incertus*.... di fronte al diritto costituito.

§ 49.

La questione prima, e dottrinalmente più importante, da risolversi è la seguente: Dati i principii vigenti in materia di condizione, nel diritto moderno, e specialmente nel diritto italiano, è razionale il parificare, nei testamenti, l'effetto giuridico del termine incerto a quello della condizione [1]?

Consideriamo il quesito proposto, come abbiamo fatto pel diritto romano, dapprima nelle disposizioni a titolo particolare, e poi in quelle a titolo universale.

L'effetto della condizione aggiunta al legato è, per quasi tutti i codici moderni, compreso l'italiano, quello che è per diritto romano: rendere il legato stesso non trasmissibile agli eredi del legatario, se questi muore prima che la condizione siasi verificata [2].

Di questa *non trasmissibilità* del legato condizionale esponemmo

§ 49. [1] Parliamo sempre, naturalmente, del termine e della condizione sospensivi.

[2] Cod. civ. it., art. 853: « Ogni disposizione testamentaria fatta sotto « una condizione sospensiva è priva d'effetto, se la persona, a cui favore è « fatta, muore prima che siasi verificata la condizione. » — Cod. fr., articolo 1040: « Toute disposition testamentaire faite sous une condition dé« pendante d'un évènement incertain, et tel que, dans l'intention du testa« teur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'évènement « arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le léga« taire décede avant l'accomplissement de la condition. » — Cod. civ. gen. austr., § 703: « Per conseguire ciò che è stato lasciato sotto condizione « sospensiva, si richiede che la persona, cui venne lasciato, sopravviva al-

quella, che noi reputiamo la ragione vera [3], e dimostrammo come il diritto romano sia perfettamente logico nell' attribuire anche al termine incerto l' effetto della non trasmissibilità [4]. Quindi, siccome la logica è una sola, non possiamo a meno di concludere subito

---

« l' adempimento della condizione, e che al tempo in cui si verifica sia capace « di succedere. » — COD. SASS. (*Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich sachsen*), § 2144: « Stirbt der Bedachte vor der Erfüllung der Be« dingung, so ist die letztere als nicht eingetreten zu betrachten. » — CODICE CIVILE RUMENO, art. 925: « Orĭ-ce dispoziţiune testamentară, făcută sub « condiţiune suspensivă, cade, când eredele saŭ legatariul a murit înaintea « îndeplinireĭ condiţiuneĭ. » — Concorda il PROGETTO GERMANICO, v. sopra § 27 n. 9.

Invece il DIRITTO PRUSSIANO (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) sancisce il principio opposto, nella P. I, tit. 12, § 485 (vol. II, p. 50 dell' ed. dello SCHERING, Berlino 1876). La disposizione suona così: « So weit « überhaupt ein unter Bedingung eingeräumtes Recht auf die Erben des « Berechtigten übergehen kann, so weit findet ein Gleiches zu Gunsten der « Erben des bedingungsweise eingesetzten Erben oder Legatarii statt. » — Il concetto del *Landrecht* è seguito anche dal recente CODICE CIVILE SPAGNUOLO (*Código civil*, 1889), art. 799: « La condición suspensiva no impide « al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos « à sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimento. » — Anche l' antico progetto di Codice austriaco, che ebbe in alcune parti dell' impero forza di legge (in virtù delle patenti 13 febbraio e 18 settembre 1797; — vedi PFAFF und HOFFMANN, *Commentar zum österreichischen allg. bürgerlichen Gesetzbuche* I Bd., I Abth. (Wien 1877), Einl., I, A, p. 21), era conforme al diritto prussiano: invece della disposizione dell' attuale § 703 (v. sopra), aveva (§ 490) la seguente: « Stirbt der Erbe oder der Legatar noch « vor Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung; so geht das Erbrecht in« sofern auf ihre Nachfolger über, als die Bedingung auch noch nach der« selben Tode erfüllt werden kann. » V. infra § 50 n. 5.

[3] V. sopra P. II, C. III. Notiamo che la ragione esposta da noi è applicabile anche al diritto moderno. Non è invece applicabile quella proposta dallo STROHAL, il quale (op. cit. p. 47-49) ritiene mancante di fondamento razionale nel diritto moderno (austriaco) il principio della non trasmissibilità del legato condizionale (v. sopra § 27, n. 3). Del resto che, anche nel diritto moderno, la non trasmissibilità del lascito condizionale rappresenti una presunzione di volontà fondata sul *riguardo personale* (*intuitus personae*) è comunemente ammesso dagli scrittori (Cf. BREZZO, *Sostituzione fedecommessaria e condizione testamentaria risolutiva*, negli *Annali dell' Università di Perugia*, nuova serie, vol. II (1892) p. 193).

[4] V. P. II, § 37.

che, in materia di legati, la massima *Dies incertus....* deve, razionalmente, valere anche nel diritto moderno.

Venendo alla istituzione d'erede, se, eziandio in questa, la differenza fra il termine certo e la condizione fosse semplicemente quella che è nei legati, fosse, cioè, soltanto differenza di trasmissibilità e non trasmissibilità, non ci sarebbero da spendere altre parole per giustificare l'efficacia condizionale del termine incerto. Giacchè, pel carattere universale della dimostrazione fatta a proposito dei legati, siamo autorizzati a dichiarare che *qualunque liberalità testamentaria* (senza distinzione fra titolo universale e titolo particolare) *deve produrre un diritto trasmissibile allorquando contenga un termine certo, non trasmissibile allorquando contenga una condizione o un termine incerto* [5].

Ma nella istituzione d'erede il Codice civile italiano, d'accordo pure col diritto romano, stabilisce una differenza ben più radicale fra il termine e la condizione, poichè, mentre alla condizione dà piena efficacia, non ne dà alcuna al termine: lo considera come non apposto [6]. La spiegazione di questa differenza è abbastanza semplice, a nostro avviso; anche più semplice di quella, che fu data rispetto al diritto romano [7], sulla quale si modella compatibilmente colle mutazioni avvenute in taluni principii [8]. Vediamola.

---

[5] V. P. II, §§ 42 e 45. — La generalità del principio, pel quale la condizione, nei testamenti, rende il diritto non trasmissibile, e precisamente l'applicabilità del principio stesso alla istituzione d'erede, apparisce anzi più chiara nel diritto moderno di quello che non fosse nello stesso diritto romano. Perchè nel diritto romano, regnando il principio *Hereditas non adita non transmittitur*, la sospensione della trasmissibilità, nel caso di istituzione condizionale, si mostra, almeno esteriormente, piuttosto che come effetto diretto della condizione, come conseguenza necessaria dell'essere, a causa della condizione stessa, sospesa la delazione dell'eredità e quindi la facoltà d'adire. Questa nostra osservazione deve esser posta in confronto colla generalità delle espressioni adoperate dal legislatore nell'art. 853 del Cod. civ. it. e negli articoli corrispondenti degli altri codici (v. sopra n. 2).

[6] COD. CIV. IT. art. 851: « Si ha per non apposto ad una disposizione « a titolo universale il giorno, dal quale debba la medesima incominciare o « cessare. » Questo principio non è, in genere, accolto dagli altri Codici moderni. Per conseguenza le ulteriori osservazioni contenute in questo paragrafo riguardano esclusivamente il diritto italiano V. infra n. 9.

[7] P. II, § 42.

[8] Fra questi importantissimo il principio *Hereditas non adita....*, che non esiste più nel diritto moderno (v. sopra § 42, p. 128).

Sospendere l'esecuzione della istituzione d'erede vuol dire sospendere, in genere, la delazione dell'eredità, ossia interrompere la continuazione della personalità giuridica del defunto, giacchè non si potrebbe, nemmeno per diritto moderno, deferire l'eredità prima, e per un lasso qualsiasi di tempo, agli eredi intestati, e poi agli eredi istituiti (9).

Questa sospensione e questa mancanza temporanea di un continuatore della persona del defunto presenta degli inconvenienti gravi, sui quali non occorre insistere. Sono tali inconvenienti, che se l'aspettativa non offre, di fronte ad essi, utilità di sorta, che la legittimi, non è giuridicamente ammissibile.

Ora, nel caso di istituzione condizionale, sospendere *pendente conditione* l'effetto dell'istituzione è utile, non solo, ma necessario, perchè non si sa ancora se l'istituzione medesima sia o no veramente destinata ad avere effetto. Vi sono infatti due possibilità, dalle quali tale incertezza è prodotta:

1.ª la possibilità che la condizione non si verifichi;

2.ª la possibilità che l'istituito muoia prima del verificarsi della condizione. Questa seconda trae la sua importanza dalla non trasmissibilità inerente a qualunque disposizione testamentaria sotto condizione.

Invece, nel caso di istituzione a termine certo, non vi sono possibilità, nè della prima, nè della seconda specie, che abbiano forza di far sorgere, circa l'effetto futuro della istituzione, quella incer-

---

(9) L'art. 851 del Cod. civ. it. è ispirato certamente a questo principio. Se poi questo deve alla sua volta esser ricollegato colla regola *Semel heres semper heres*, o colla proibizione delle sostituzioni fedecommessarie (art. 899), oppure coll'una e coll'altra insieme, non è qui il luogo di discutere. Il Gabba nega l'esistenza della regola *Semel heres....* nel diritto moderno (Gabba, *Della condizione risolutiva nelle disposizioni testamentarie a titolo universale e nei legati*. Nota alla sentenza della Cassazione di Palermo, 30 decembre 1892. — *Foro italiano*, vol. xviii, anno 1893, i, p. 608). — Le legislazioni, che ammettono l'istituzione d'erede a termine, chiamano nel frattempo gli eredi intestati. Citiamo, come esempio, il Codice spagnuolo, art. 805:

« Será válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comen-
« zar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado. »

« En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, ó cuando éste
« concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Ma en el primer caso,
« no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución
« suficiente, con intervención del instituído. »

tezza, dalla quale sia legittimata la sospensione. Non della prima, perchè la possibilità che il termine certo non si verifichi non esiste. Non della seconda, perchè la possibilità che l'istituito premuoia al verificarsi del termine non ha importanza, dato il carattere di trasmissibilità inerente a qualunque disposizione testamentaria a termine certo. Perciò, siccome non resulterebbe in alcun modo legittimata la sospensione dell'eredità per effetto del termine certo, è invece perfettamente giustificato che il termine certo si consideri come non apposto.

Che dire, dopo ciò, della istituzione a termine incerto? Per vedere se questa modalità deve seguire la sorte della condizione o del termine certo, non resta ormai che considerare se produce o no incertezza intorno al futuro effetto della istituzione. Ma evidentemente il termine incerto produce questa incertezza, e la produce in ordine alla possibilità della premorienza dell'istituito, dato il carattere di *non trasmissibilità* proprio di qualunque disposizione *mortis causa* a termine incerto. Dunque il termine incerto deve seguire, anche qui, il trattamento della condizione.

Riassumendo e cambiando le parole, si può dire che, pei caratteri peculiari della successione a titolo universale, non è ammissibile che una modalità apposta alla istituzione d'erede abbia un semplice effetto dilatorio: o ha effetto condizionale, o non deve avere effetto di sorta. La condizione ha effetto condizionale, sia perchè è, di per se stessa ed espressamente, condizione, sia perchè implica tacitamente, in qualunque disposizione testamentaria, la *condizione di sopravvivenza* del beneficato al suo verificarsi. Il termine incerto ha effetto condizionale, perchè parimente implica questa tacita *condizione di sopravvivenza.* Il termine certo non ha effetto condizionale, e però non ha effetto nessuno: si considera come non apposto [10].

---

[10] Relativamente al diritto romano, la giustificazione della inefficacia del *dies certus* nella istituzione d'erede fu data sotto un doppio aspetto: in quanto fu dimostrato che l'attribuirgli efficacia sarebbe giuridicamente *inammissibile*, non solo, ma anche *impossibile* (§ 42). Di fronte al Codice civile italiano è forza arrestarsi al primo punto, giacchè la regola che impone l'adizione personale della eredità, sulla quale si fondò il secondo punto della nostra dimostrazione, più non esiste (v. sopra n. 8). Per la medesima ragione, contro la teoria esposta nel § 39, applicata al diritto italiano, non è possibile l'obiezione, di cui parlammo nel § 40.

§ 50.

Adunque la regola, che al termine incerto attribuisce, nelle disposizioni testamentarie, carattere condizionale, considerata intanto al lume della scienza, trova luogo necessariamente accanto agli altri principii attualmente vigenti. Ma sarà essa adattabile alla formula della legislazione positiva, e particolarmente sarà applicabile, nella pratica attuale, di fronte alle disposizioni del Codice civile italiano quale è oggi costituito?

La questione si è potuta fare, perchè il nostro Codice, a differenza del Codice sassone, e d'accordo invece colla maggior parte delle legislazioni moderne, non contiene un articolo, che espressamente parifichi il termine incerto, nei testamenti, alla condizione [1].

Peraltro nemmeno contiene alcun che in contrario. Nell'art. 853 stabilisce che ogni *disposizione testamentaria sotto condizione* ha il carattere della *non trasmissibilità,* ma non definisce quando la *disposizione testamentaria* possa e debba dirsi *sotto condizione* [2].

Ciò posto, è indubitato che, dovendosi, per questa definizione, ricorrere ai casi ed ai principii contenuti nei testi romani, ne deriva la necessità di considerare la disposizione a termine incerto come disposizione sotto condizione. E non tanto questa necessità deriva dall'essere la regola *Dies incertus...* scritta e applicata nei testi romani, non tanto dalla dimostrazione fatta della perfetta coerenza di questa regola cogli altri principii del diritto romano, quanto dall'aver dimostrato, nel paragrafo precedente, che essa si trova altresì logicamente connessa alle massime accolte dallo stesso diritto moderno in materia di condizione e di termine apposti alle disposizioni testamentarie. I principii generali del diritto [3], che si traggono dal-

[1] Cod. sass. § 2121: « Wird eine letzwillige Verfügung von einem « künftigen Ereignisse abhängig gemacht, von dem gewisz ist., dasz es ein- « treten wird, aber ungewisz zu welcher Zeit, so gilt die Verfügung als « eine bedingte. » § 50.

[2] Lo stesso può affermarsi del Codice francese. Il Codice austriaco, al § 696, sotto il titolo *Dei modi di limitare o togliere l'ultima volontà,* definisce la *condizione* come *un avvenimento da cui si fa dipendere qualche diritto,* definizione, che non pregiudica l'applicazione della nostra regola. *Oesterr. bürg. Gesetzb.* § 696: « Eine Bedingung heiszt eine Ereignung, « wovon ein Recht abhängig gemacht wird. »

[3] Art. 3 Disp. prelim. Cod. civ. it.

l'autorità delle fonti romane, e dalla conseguente pratica del diritto comune, consigliano [4]; i principii generali del diritto, che si argomentano dalla ragione scientifica, impongono di considerare come tuttora vigente la regola *Dies incertus*...: altrimenti si porrebbe gratuitamente il legislatore in contradizione cogli uni e cogli altri [5].

---

[4] Basta ricordare, a questo punto, che nel diritto anteriore ai codici non era stata da nessuno posta in dubbio l'esistenza della regola *Dies incertus*....

[5] Di fronte al Codice civile italiano, la regola *Dies incertus*... trovasi applicata dalla Corte d'appello di Catania (17 giugno 1878 — *Foro it.* iii, i, 1151), e riconosciuta dalla Corte d'appello di Napoli (4 febbraio 1870, riportata dal Pacifici-Mazzoni, *Delle successioni,* Vol. vii, § 35, p. 86). — Quanto agli scrittori, accettano la massima il Pacifici-Mazzoni, op. cit., iii, § 169, p. 330, e vii, § 35, p. 85; il Mattei, *Il Codice civile commentato,* vol. iii, art. 853, § 4; il Ferrarotti, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano* (Torino, 1873), Comm. agli art. 853 e 854. La rigetta il Del Vitto, *Commentario teorico pratico del Codice civile italiano,* all' art. 854. Nessuno però la discute menomamente.

Di fronte al Codice francese, ammettono, in massima, l' applicazione della regola Zachariae, *Cours de droit civil français* (trad. Aubry et Rau), t. iii, § 717; Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments,* vol. v, lib. iii, cap. v, § 309; Marcadè, *Explication du Code Napoleon,* t. iv, § 185. Si mostra incerto il Duranton, *Cours de droit civil,* t. v, § 292. La rigettano assolutamente il Machelard, op. cit., § 39 segg., ed il Boistel, op. cit., p. 31.

Sotto il regime del Codice austriaco applica la regola romana lo Zeiller, *Commentario sopra il Codice civile universale austriaco* (trad. De Calderoni, Venezia 1816), § 704 n. 3. La respingono, fra gli altri, Winiwarter, *Il diritto civile universale austriaco* (trad. Callegari, Venezia 1806), vol. iii, p. 284, § 705; Unger, *System,* ii, p. 93, § 83, N. 14, e vi, p. 83, § 17 N. 2; Pfaff und Hofmann, op. cit., ii Bd., iv Abth. (Wien, 1885), xii Hauptst., §§ 704-706, p. 600. L'autorità dello Zeiller, sempre di molto valore, perchè egli faceva parte, come redattore principale, della Commissione, che rivide e compilò definitivamente il Codice austriaco (vedi Unger, op. cit., i, Einl., ii, p. 9; Pfaff und Hofmann, op. cit., i, Einl., i, p. 22 segg.), assume in questo caso una singolare importanza dal fatto che, precisamente a sua proposta, fu introdotto nel Codice il § 703, ossia il principio della *non trasmissibilità* della disposizione testamentaria sottoposta a condizione (v. Strohal, *Transmission* pendente condicione, p. 22; cf. anche sopra § 49 n. 2 p. 147): per cui egli ha ragione di essere, a preferenza degli altri commentatori, ascoltato quando ci rivela la *mens legis* circa l' estensione del principio stesso. Per la storia completa della redazione del § 703 v. Pfaff und Hofmann, op. cit., ii, iv, xii, § 703, p. 595 seg. — Contro l'opinione dello Zeiller, che la disposizione a termine incerto sia condizionale, si obietta il § 705

La teorica del termine incerto nel diritto moderno è dunque, per noi, niente altro che un corollario semplicissimo della dottrina esposta nella *prima* e, specialmente, nella *seconda parte* del lavoro. Possiamo affermare che della parificazione del termine incerto alla condizione nei testamenti non si sarebbe mai dubitato, nemmeno di fronte ai codici moderni, se non se ne fosse dubitato giammai nè di fronte al diritto romano [6], nè, come è avvenuto più generalmente, di fronte alla ragione giuridica [7].

Dopo queste considerazioni, il soffermarsi ancora ad analizzare le disposizioni letterali del Codice non ci sembrerebbe opera di giuristi, ma, tutt' al più, di pedanti cavillatori.

---

dello stesso Codice austriaco: « Se il tempo (*Zeitpunkt*) è di natura tale, « che debba necessariamente venire, il diritto si trasferisce, come tutti gli « altri diritti non dipendenti da alcuna condizione, anche negli eredi della « persona a di cui favore venne disposto, e soltanto la tradizione viene ritar- « data fino al termine stabilito. » Ma tutto induce a credere che il legislatore abbia inteso parlare, in questo paragrafo, della vera e diretta *designazione di tempo,* la quale non si può fare che a proposito del *dies certus quando.* Nel *dies incertus quando* (*certus, incertus an*) il tempo non si può designare che indirettamente mediante un *avvenimento:* ora, nel precedente § 696, l' *avvenimento* (*Ereignung*), da cui si fa dipendere un diritto, è qualificato invece come *condizione* (v. sopra n. 2). Vedasi, per la storia della redazione del § 705, PFAFF und HOFMANN, l. c., §§ 704-706, p. 597 segg.

Quanto al diritto prussiano ed allo spagnuolo, v. sopra § 49 n. 2, p. 147.

Nei *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesezbuches für das deutsche Reich* (vol. v, p. 25) si dice perchè i compilatori dal Progetto non crederono opportuno di estendere al *dies incertus* la regola d' interpretazione sancita per la *conditio* nel § 1761 (v. sopra § 27 n. 9, e § 49 n. 2). E questo perchè si ricollega sostanzialmente a quei preconcetti dommatici, dei quali noi parlammo nella P. II, C. II.

(6) V. P. I.

(7) V. *Prefazione,* e P. II, § 21. — Meritano di esser riportate le parole, colle quali il MACHELARD si propone il quesito di fronte al diritto moderno (op. cit. § 39): « Cette regle [*Dies incertus....*] existe-t-elle encore « dans notre droit? Faut-il l'admettre comme étant toujours en viguer, « avec le cortège des subtilités qui l'accompagnaient, en tenant compte du « point de savoir si le *dies incertus* est emprunté à la mort d'un autre que « le gratifié ou à celle du gratifié même? » Giova rammentare, a proposito di quella, che il MACHELARD reputa stranissima sottigliezza dei giureconsulti romani, quanto da noi è stato dimostrato nella P. I, § 20, e specialmente nella P. II, § 37 n. 6.

CAPITOLO II.

La regola Dies incertus.... *nell' applicazione pratica.*

SOMMARIO.

§ 51. Criterii generali. — § 52. Importanza del distinguere la disposizione a termine incerto dalla disposizione non contenente modalità sospensiva di sorta. — § 53. Peculiare carattere del *dies incertus an certus quando,* in opposizione al *dies incertus quando certus an.* Confusione e falsa teorica, che ne è sorta, a proposito del *dies incertus* in senso proprio (*incertus quando certus an*). — § 54. Valore della distinzione tra l'essere il *dies incertus* apposto alla *sostanza* o semplicemente all'*esecuzione* del lascito.

§ 51.

Il fondamento razionale, da noi dimostrato, della regola *Dies incertus...*, oltre ad avere importanza per sostenere l'esistenza della regola stessa nel diritto romano, e poi nel diritto moderno, vale anche naturalmente come criterio per l'applicazione sua nella pratica.

Essa, che stabilisce in sostanza la non trasmissibilità del lascito a termine incerto [1], è una regola d' interpretazione della volontà del disponente, come una regola d'interpretazione della volontà del disponente è quella, che stabilisce la non trasmissibilità del lascito sotto condizione; e la ragione logica, economica, psicologica, è matematicamente identica per l' una e per l' altra.

Laonde sono in errore coloro, che, per essere il principio della non trasmissibilità relativamente al termine incerto una regola d'interpretazione, credono di poterlo più facilmente disapplicare nei singoli casi giuridici, di quello che non pensino, a proposito del principio stesso, relativamente alla condizione. Invece, nell' una e nell'altra ipotesi, ugualmente esiste la *regola d' interpretazione,* esiste

§ 51. (1) Vedemmo altrove (§§ 45 e 49 in relaz. al § 42) come e perchè possa dirsi questo l'effetto sostanziale del termine incerto in qualunque specie di disposizione testamentaria.

la identica *presunzione di volontà:* gli stessi criterii, che valgono per applicare il principio della non trasmissibilità alla disposizione condizionale, debbono valere per la disposizione a termine incerto, che appunto è da considerarsi come disposizione condizionale.

Lo sviluppare e specificare di più queste norme generiche di applicazione significherebbe, per un lato, uscire, senza necessità, dall'argomento speciale del *dies incertus,* per trattare della disposizione condizionale in genere, e, per l'altro, ci sforzerebbe ad ingolfarci inopportunamente nel campo della casistica. [2] Aggiungeremo soltanto pochi avvertimenti, che ci paiono importanti.

§ 52.

Il primo si è che, in ciascun caso pratico, ci si guardi dal confondere la questione: *se il lascito a termine incerto debba esser considerato come condizionale* (se cioè la regola debba applicarsi), colla questione pregiudiziale: *se veramente il lascito sia a termine* (incerto) *o piuttosto non sia puro e semplice* [1].

Altrimenti può accadere che, sembrando, in qualche fattispecie, giusto il decidere per la non condizionalità del lascito, si voglia trarne argomento per combattere la regola *Dies incertus...*, o per restringerne i criterii d'applicazione, mentre, in realtà, la fattispecie non rappresenti un caso di termine incerto. L'opportunità del nostro avvertimento può esser dimostrata col seguente esempio positivo e tipico.

Lo SCHÖMANN, nel suo *Handbuch des Civilrechts,* sotto il titolo « Revisione della dottrina del termine sospensivo nella istituzione d'erede », si sforza, con una non breve dissertazione, di sostenere

---

[2] Il MACHELARD, per esempio (op. cit. § 39), vede, di fronte al Codice, una sostituzione fedecommessaria proibita nel legato di una *species* per *quando morirà l'erede.* Quantunque i suoi argomenti non ci soddisfino, non entriamo in siffatta questione particolare, anche perchè essa non riguarda la teorica del termine incerto. Cf. in proposito BREZZO, *Sostituzione fedecommessaria e condizione testamentaria risolutiva,* negli *Annali della Università di Perugia,* nuova serie, vol. II (1892), p. 215.

[1] Colla espressione « puro e *semplice* » intendiamo: « senza condizione nè *termine* ». § 52.

che *il termine incerto non fa condizione nella istituzione d'erede* (2): e comincia prendendo occasione da un caso pratico, che qui riferiamo:

— In uno di quei paesi tedeschi, nei quali il coniuge superstite ha, per legge, l'usufrutto, vita naturale durante, sul patrimonio del defunto, una donna morì (nell'anno 1798), disponendo, per testamento, come appresso:

« Poichè mio cognato Seyfried ha da mantenere una gravosa « famiglia, io voglio, escludendo i miei fratelli, nominare lui mio « erede universale: e deve essere mio erede fino dal giorno della « morte del mio caro marito (3) ».

Il cognato Seyfried morì, dopo avere adita l'eredità, mentre il vedovo usufruttuario era tuttora in vita. Il vedovo godè l'usufrutto per alcuni anni ancora: alla sua morte sorse lite tra i fratelli della defunta (come eredi legittimi) e gli eredi di Seyfried. La questione era: se l'istituzione dovesse considerarsi come condizionale, oppur no: giacchè nell'un caso, nonostante la mal fatta adizione, avrebbe dovuto ritenersi come caducata, nell'altro, invece, i beni della donna sarebbero stati efficacemente acquistati da Seyfried in qualità d'istituito, e conseguentemente trasmessi agli eredi di lui. —

L'impressione, che si riceve, appena proposto il caso, si è che l'istituzione non debba dichiararsi caducata per la premorienza dell'istituito al marito usufruttuario: vediamo se e come sia da sostenersi giuridicamente una decisione in tal senso.

Lo SCHÖMANN parte dal concetto che si tratti indiscutibilmente di una istituzione a termine incerto, e, siccome ritiene appunto giusto il decidere che non sia caducata, trae argomento da ciò per negare che la regola *Dies incertus....* si applichi alle istituzioni d'erede: secondo lui l'istituzione di Seyfried non è condizionale, *perchè il termine incerto non fa condizione nella istituzione di erede* (4).

---

(2) SCHÖMANN, *Handbuch des Civilrechts* (1806), I, 6, pagg. 362-377: *Revision der Lehre vom suspensivtermine bei Erbeinsetzungen.* — V. sopra § 43.

(3) « Da mein Schwager Seyfried eine starke Familie zu ernähren hat, « so will ich denselben, mit Auschluss meiner Geschwister, zu meiner Uni- « versalerben hiermit ernennen, jedoch soll er erst an dem Tage mein Erbe « sein, da mein lieber Ehemann mit Tode abgeht ».

(4) Egli ammette peraltro che faccia condizione nei legati (pag. 375, in nota).

Il MÜHLENBRUCH, nella *Continuazione delle Pandette del* GLÜCK [5], conviene nella decisione dello Schömann quanto al caso speciale, ma non può ammettere che la regola *Dies incertus....* non debba applicarsi, in genere, nella istituzione d'erede: piuttosto vede nella fattispecie esaminata una riprova del limite, che la regola stessa trova, secondo lui, nel fatto che il termine incerto sia apposto solamente all'*esecuzione,* e non alla *esistenza* del diritto. Egli, considerando la disposizione della legge, che attribuisce al coniuge superstite l'usufrutto vitalizio, e la motivazione del lascito contenuta nello stesso testamento, dice in sostanza che, trovandosi l'eredità, fino dall'apertura della successione, gravata, per legge, dell'usufrutto a favore del marito, la morte di questi, nel concetto reale della testatrice e nonostante l'inesattezza delle parole, non rappresenta il giorno, in cui il diritto dell'erede viene originariamente all'esistenza, ma soltanto il giorno, in cui è possibile l'esercizio di esso, mediante la effettiva presa di possesso dei beni, di cui precedentemente godeva l'usufruttuario. Quindi — conclude — l'istituzione di Seyfried non è condizionale, *perchè il termine incerto non fa condizione quando è apposto soltanto all'esecuzione del lascito* [6].

Il fondamento giuridico dato dal Mühlenbruch alla decisione appaga invero più di quello dello Schömann; ma nemmeno esso è esatto. Il Mühlenbruch dice che il diritto d'eredità sorge nell'istituito prima della morte del vedovo, che ha l'usufrutto universale, e dice bene. Ma sbaglia quando immagina che in questa figura giuridica vi sia un termine incerto apposto all'esecuzione del lascito. Invece evidentemente l'istituzione d'erede viene ad esser pura e *semplice*, vale a dire senza termine nè modalità sospensiva di sorta alcuna; e soltanto l'eredità è gravata di un usufrutto durante la vita del coniuge superstite: la morte di questi non rappresenta il termine (incerto) apposto nè alla esistenza, nè all'esecuzione del diritto, ma semplicemente designa il momento, in cui l'usufrutto viene naturalmente a consolidarsi colla nuda proprietà.

Per noi dunque, e secondo la stessa interpretazione del fatto accettata dal Mühlenbruch, l'istituzione di Seyfried non è condizionale, *perchè è pura e* SEMPLICE.

In conclusione, tanto lo Schömann quanto il Mühlenbruch, ne-

---

[5] GLÜCK, *Commentar* fortgesetzt von MÜHLENBRUCH, XLI (Erlangen 1871), 28 Buch, 7 Tit., § 1465, p. 273.

[6] V. infra § 54, *A*, *a*.

gando la condizionalità del lascito, credevano di rispondere a questioni di merito e di massima sulla regola *Dies incertus*..., mentre in verità rispondevano alla questione pregiudiziale circa l'esistenza, nel caso, del termine incerto. Il primo di essi impugnava e negava la regola stessa relativamante alla istituzione d'erede; il secondo ne restringeva l'applicazione al caso, in cui il termine incerto sia apposto alla esistenza del diritto, escludendola quando affetti soltanto l'esecuzione. E, per giungere a siffatte conclusioni relativamente al *termine incerto*, entrambi si fondavano sopra una identica fattispecie, nella quale *termine incerto non esisteva*, nella quale anzi non esisteva termine nè modalità sospensiva di nessuna specie (7).

§ 53.

La confusione ora notata a proposito del *dies incertus quando* (*certus an*) è stata commessa da molti anche a proposito del *dies incertus an* (*certus quando*). Si è ritenuto che una particolare disposizione testamentaria non fosse condizionale, sebbene contenesse un *dies incertus an*, mentre la disposizione stessa, per il modo, in cui s'interpretava, non conteneva un *dies incertus* di nessuna specie, ma soltanto un *dies certus an et quando*. Quindi, per l'argomento di analogia, che si è creduto di poter trarre da una specie all'altra di *dies incertus* (1), l'errore ha avuto influenza grandissima sull'applicazione della nostra regola *Dies incertus* (*quando*) *conditionem in testamento facit*. Si è anzi formata, possiamo dire, su questo equivoco una teorica speciale, che tanto più merita di esser combattuta, in quanto è andata particolarmente prendendo piede in questi ultimi tempi. Risaliamo alle origini.

Il *dies incertus an certus quando* contiene evidentemente una doppia modalità sospensiva: 1.ª un *dies certus quando*, ossia un giorno del calendario; 2.ª un *dies incertus an*, e perciò una condizione vera e propria.

---

(7) Cf. BRUNETTI, *Il diritto romano nella giurisprudenza* (Note alla sentenza della Corte d'appello di Firenze, 24 febbraio 1890 — *Arch. giur.* vol. XLVI, pagg. 406-423), II, p. 421 segg.

§ 53. (1) Per alcuni scrittori non trattasi, a dir vero, d'analogia, ma di confusione assoluta fra le due diverse specie di *dies incertus*. V., tra questi, MÜHLENBRUCH, op. cit., § 1457, p. 60; ZIMMERN, WÄCHTER, nelle memorie citate infra n. 5.

L'esempio più comune è quello del *dies aetatis*. Nella disposizione, sia *inter vivos*, sia *mortis causa*, è contemplato *il raggiungimento di una certa età da parte di una determinata persona*, p. e.: quando Tizio compirà il suo venticinquesimo anno. Supponiamo che Tizio sia nato il 1° gennaio dell'anno 800 di Roma. L'avvenimento contemplato serve a designare, e virtualmente contiene, due modalità sospensive, due limitazioni dell'atto giuridico, e cioè:

1.° un *dies certus* (*quando*) in senso proprio, un giorno del calendario preventivamente determinabile, rappresentato dal *momento*, in cui saranno trascorsi venticinque anni dalla nascita di Tizio, e che, nell'esempio, si può tradurre senz'altro: il 1° gennaio dell'anno 825;

2.° un *dies incertus an*, o, più propriamente, una *conditio* rappresentata dall'*evento* (incerto quanto al suo verificarsi) che la vita di Tizio duri almeno venticinque anni, che Tizio sia vivo ancora il 1° gennaio dell'anno 825.

Niente di simile può dirsi a proposito del *dies incertus quando certus an*, il quale, come modalità sospensiva, è semplice, non duplice: di per sè stesso è un *dies incertus*, ma non contiene nessuna *conditio*.

Ora, appunto per la duplicità di limitazione sospensiva, che è propria del *dies incertus an certus quando*, può avvenire che in una disposizione apparisca esservi un *dies incertus* (*an*), mentre, interpretandola a dovere, secondo l'intenzione del testatore, vi si riscontra soltanto un *dies certus* (*quando et an*), un vero e proprio giorno del calendario. Può darsi infatti che il disponente abbia indicato un avvenimento, che rappresenti *una data fissa*, quantunque non si possa prevedere se l'avvenimento si verificherà, come mezzo per designare quella *data fissa*, quel *giorno del calendario*, e non anche coll'intenzione di subordinare il proprio disposto alla condizione dell'effettivo verificarsi dell'avvenimento. Perciò, quando in una disposizione sono le apparenze del *dies incertus an certus quando*, bisogna proporsi il quesito se all'apparenza corrisponda la realtà, o se, invece, realmente si tratti di un termine certo, così rispetto al « se » come rispetto al « quando », dal quale la condizione dell'effettivo verificarsi dell'avvenimento sia eliminata [2].

---

[2] Cf. Polacco, *Note ed appunti sulle* Istituzioni di diritto civile *del Prof. G. P. Chironi* (nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. IX (1890), pagg. 32-60), p. 42: « Nè avrei recato come esempio assoluto di

Tale questione non è proponibile relativamente al *dies incertus quando certus an* (*dies incertus* in senso proprio), il quale, non contenendo in sè condizione, non può dar luogo al dubbio se la condizione debba o no eliminarsi. Quando in una disposizione esistono le apparenze di un *dies incertus quando certus an,* o vi è anche la realtà, o non vi è modalità sospensiva di sorta: siccome l'*incertezza* affetta in esso precisamente il *tempo* o *termine,* non è possibile eliminare l'incertezza, e lasciare il termine sospensivo [3].

Riguardo al *dies incertus an certus quando,* togliamo dai testi romani gli esempii e i confronti:

L. 22 pr. D. *Quando dies legat.* XXXVI, 2: — [POMPONIUS] « Si Titio, quum is annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit, et is ante quartumdecimum annum decesserit, verum ad heredem eius legatum non transire, quoniam non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet: si effectus esset annorum quatuordecim *ecc.* » [4].

L. 5. C. *Quando dies leg.* VI, 53: — [ALEXANDER] « Ex his verbis: « do lego Aeliae Severinae filiae [meae] et Secundae decem, quae legata accipere debebit quum ad legitimum statum pervenerit », non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Et ideo, si Aelia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente vita functa est, ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vigesimum quintum annum aetatis implesset. Non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento

---

« condizione larvata sotto le sembianze di termine una modalità così con-
« cepita: « *quando* A toccherà l'età maggiore »; mentre il decidere se
« siamo quì in presenza di condizione o di vero termine dipende dall'esame
« dell'atto e dalla intenzione dei suoi autori: chè anzi abbiamo persino un
« esempio in cui la legge [vale a dire il Cod. civ. it.] ravvisa nel predetto
« caso il termine, anzichè la condizione, cioè all'art. 517. » Meno esattamente si esprimono in proposito: RAMPONI, *La determinazione del tempo nei contratti* (*Arch. giur.*, vol. XLV (1890) pagg. 293-420), C. II § 2, p. 319; DERNBURG, *Pandekten,* I (1892), § 113 N. 2.

[3] V. P. I, § 1 n. 4.

[4] Cf.: L. 21 pr. *e. t.* (riportata di sopra § 4 p. 11); l. 49 pr., §§ 1, 2, 3 D. *De legatis I,* XXX [ULPIANUS].

relicti fideicommissi tractetur, exspectandum esse prudentibus placuit » (5).

In entrambi i casi la modalità è un *dies aetatis*. Nel primo è condizionale, perchè il testatore, giusta l'interpretazione data alle sue parole, ha inteso di sottoporre il lascito alla condizione dell'effettivo raggiungimento di quella età da parte del beneficato (*dies incertus an, certus quando*). Nel secondo è un semplice termine certo, perchè il raggiungimento della età s'immagina aver servito al testatore solo per designare un *giorno del calendario* (*dies certus an et quando*), esclusa affatto l'idea della condizione che effettivamente quella età sia raggiunta.

Adunque il *dies aetatis* può, secondo i casi, essere o no un *dies incertus*: è un *dies incertus* nell'esempio del Digesto, non è in quello del Codice (6).

Al contrario il *dies mortis*, per citare l'esempio tipico del *dies incertus quando certus an*, non si presta a questa doppia interpretazione: o esiste come *dies incertus*, o non esiste in modo alcuno.

L'errore dei molti, a cui abbiamo accennato nel principio di questo paragrafo, ha cominciato appunto a concretarsi nel falso valore attribuito al caso del Codice relativo al *dies aetatis*, in confronto di quello del Digesto. Si è detto: — Il *dies aetatis* è sempre un *dies incertus*. Nella l. 5 C. *Quando dies leg.* abbiamo un

---

(5) Ha relazione con questa legge l'art. 854 Cod. civ. it. (1041 Cod. fr.). V. anche sopra n. 1 e la citazione opportunamente fatta dal POLACCO dell'art. 517 Cod. civ. it.

(6) Lo ZIMMERN (memoria inserita nell'*Archiv für die civil. Prax*, IX (1826), pag. 357-368, ed intitolata: *Gehen die Erben des nach der Delation, aber vor der Acquisition vestorbenen Legatars dem Substituten vor oder nicht ?*) ha veduto giustamente (p. 362) che quando ad una disposizione è apposto il *dies aetatis* DELLO STESSO ONORATO, ossia il giorno in cui sarà trascorso un determinato tempo dalla nascita del beneficato, qualora, per l'interpretazione del testamento, si debba escludere che il disponente abbia contemplato l'effettiva sopravvivenza del beneficato a codesto giorno, non si ha più un *dies incertus*. Però egli ha voluto estendere questa osservazione a qualunque *dies incertus*, ed ha detto: tutte le volte che, secondo l'intenzione del testatore è esclusa la sopravvivenza del beneficato all'epoca dell'avvenimento designato, non si ha un *dies incertus*. Così dicendo, ha errato, perchè nelle disposizioni *quum navis ex Asia venerit, quum Titius morietur* si ha sempre un *dies incertus* (*an* o *quando*), anche se, per la volontà del testatore, debba ritenersi esclusa la condizione di so-

dies aetatis, e perciò un *dies incertus*, che non dà alla disposizione carattere condizionale, che non impedisce la trasmissibilità. Dunque il *dies incertus,* nelle speciali condizioni del caso contemplato dalla detta legge, non fa condizione. —

E l'errore, dopo le nostre osservazioni, apparisce chiarissimo: il *dies aetatis* NON è sempre un *dies incertus;* particolarmente non è un *dies incertus* nel caso di *Elia Severina:* altrimenti, siccome, quando è un *dies incertus,* è un *dies incertus an,* ossia una *conditio* consistente nell'effettivo raggiungimento dell'età, e siccome nel caso speciale appunto l'età non è stata raggiunta, il legato non dovrebbe eseguirsi: mentre si eseguisce invece nel *giorno del calendario* designato.

Dall'esame della dizione adoperata dal testatore nella legge del Codice, confrontata con quella del Digesto, si è preteso trarre un criterio per determinare i casi, nei quali il *dies incertus* non fa condizione:

Lego centum Titio quum annorum quatuordecim sit factus. — Ecco il *dies incertus* che fa condizione.

Lego Aeliae Severinae decem, quae legata accipere debebit quum ad legitimum statum [XXV annum] *pervenerit.* — Ecco — si dice — il *dies incertus,* che non fa condizione, *perchè non è collegato direttamente alle parole, colle quali il testatore ordina il*

---

pravvivenza del beneficato, ossia debba dichiararsi il diritto trasmissibile (v. sopra § 27 n. 9 e infra § 54 n. 2). E si ha un *dies incertus* (*an*) anche se alla disposizione è apposto un *dies aetatis* TERTII (non DELLO STESSO ONORATO), p. e. *quum Titius pubes erit,* quando l'effettivo raggiungimento dell'età abbia voluto il testatore, pur avendo escluso la condizione di sopravvivenza del beneficato al termine stabilito.

Lo ZIMMERN dunque ha scambiato una peculiarità del *dies aetatis* del beneficato, che è sottospecie particolarissima del *dies incertus an* (*certus quando*), coi caratteri generali del *dies incertus* (*an, quando*). E la confusione delle premesse lo ha condotto, nelle conseguenze, talmente fuori di strada, che noi ci dispensiamo dal seguirlo.

Il WÄCHTER (e non l'HUSCHKE, come erroneamente ritiene il MÜHLENBRUCH, l. c.), facendo, nella *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft,* II (Tübingen, 1827) pagg. 181-185, la recensione della memoria dello ZIMMERN, rileva, quantunque in forma poco esatta, questo errore (p. 182): ma, come lo ZIMMERN (v. sopra n. 1), e forse anche più decisamente, confonde (p. 183) il *dies certus quando incertus an* col *dies incertus quando certus an,* commettendo, ben si capisce, su questi dati altri non lievi errori.

legato, ma solo a quelle, colle quali ne stabilisce l'esecuzione. Ma — non possiamo a meno di ripeterlo — dov' è quì, di grazia, il *dies incertus?* Non è un *dies incertus quando,* perchè il legato deve essere eseguito dopo trascorsi venticinque anni dalla nascita di Elia Severina. Non è un *dies incertus an*, perchè in codesto giorno deve, secondo la costituzione dell'imperatore Alessandro, essere eseguito in ogni evento, anche se Elia Severina è già morta.

Laonde, se anche si deve ammettere che l'ordine delle parole abbia avuto, nel secondo esempio, importanza per fare escludere la condizionalità della disposizione, ciò non può essere in quanto in esso il *dies incertus* non abbia efficacia condizionale, sibbene in quanto in esso non esista *dies incertus,* ma soltanto *dies certus.*

Il criterio, che si è preteso trarre dai due esempii suesposti per distinguere quando il *dies incertus* abbia effetto condizionale, e quando non l'abbia, si è poi esteso al vero e proprio *dies incertus* (*quando, certus an*), formulando correlativamente i due esempii seguenti:

1.° *Lego centum Caio post mortem Sempronii.*

In questo caso il *dies incertus* fa condizione.

2.° *Lego centum Caio, quae ei dari volo post mortem Sempronii.*

In quest'altro caso — si dice —, analogamente a ciò che decidono le leggi romane per il legato di *Elia Severina*, il *dies incertus* non fa condizione, *perchè non è collegato direttamente alle parole, colle quali si ordina il legato, ma solamente a quelle colle quali se ne stabilisce l'esecuzione* (7).

---

(7) La falsa dottrina, che critichiamo in questo paragrafo, è stata, forse per la prima volta, trattata scientificamente dal MAASSEN, che si è occupato *ex professo*, e quasi esclusivamente, di questo punto nel suo scritto « Ueber die Rechtsregel *Dies incertus conditionem in testamento facit* » altrove citato. Ma certamente il MAASSEN non è stato il primo nè l'ultimo a commetter l'errore: v. infra § 54 n. 3. — Dalla rilevata confusione tra il *dies incertus quando* e il *dies incertus an* è sorta pure un'altra erronea opinione: quella di coloro che non applicano la regola *Dies incertus..*, se non quando il termine incerto sia apposto *per verba conditionem importantia* (usando cioè la particella *se* od altre equivalenti). Vedasi contro tale dottrina la sentenza della CORTE D'APPELLO DI FIRENZE 24 febbraio 1890, nell'*Arch. giur.*, XLVI, p. 413, e le nostre *Note* alla suddetta sentenza, p. 420. Concordano: il MANSI, *Consult.* 119 (t. II), n.° 15; il BELLONI, *De jure accrescendi*, t. II, cap. 7, quaest. 18, n.° 49; e, fra le decisioni, due interessan-

E così, per decidere sulla condizionalità di una disposizione, che è effettivamente a termine incerto, si trae l'analogia da un caso, nel quale non esiste termine incerto di sorta.

§ 54.

La teorica analizzata e confutata nel paragrafo precedente ha dato luogo alla massima generica, secondo la quale *il* DIES INCERTUS *non fa condizione allorquando riflette e colpisce l'*ESECUZIONE *del lascito.*

Peraltro questa formula « colpire l'esecuzione », o « soltanto l'esecuzione », viene adoperata dagli scrittori in significati diversi, che molto interessa distinguere nettamente.

Una preliminare distinzione va fatta secondo che la formula stessa si riferisce alla MENTE DEL TESTATORE o alle PAROLE DEL TESTAMENTO.

A) Consideriamola nel primo significato. — Il testatore, apponendo il termine incerto, ha voluto sospendere con esso soltanto l'esecuzione (1). Così specializzato il senso della formula può avere, a sua volta, due significati diversi:

a) Il testatore, apponendo il termine incerto, ha voluto che non fosse dal medesimo sospesa l'ESISTENZA del diritto, ma soltanto l'*esecuzione.* Il *diritto meno perfetto* deve dunque, in questo caso, secondo la mente del testatore, esistere subito, alla morte di lui, e il *diritto perfetto* quando giunge il termine (v. § 24). Allorchè questa è la volontà del disponente, non se ne può davvero dedurre la disapplicazione della regola *Dies incertus....*, non si può dedurre che egli abbia voluto togliere alla propria disposizione il carattere

---

tissime: SENATUS CATHALONIAE 29 Junii 1584 (riportata dal FONTANELLA, *De pactis nupt.*, claus. VI, glossa III, pars II, n.° 9); CONSILII REGII NEAPOLITANI, 6 Maii 1639 (CAPYCII LATRO, *Dec.* 107, lib. I, pag. 38).

§ 54. (1) CODE NAPOLÉON, art. 1041: « La condition, qui, DANS L'INTENTION DU « TESTATEUR, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition n'empêchera « pas l'héritier institué, ou le legataire, d'avoir un droit acquis et transmis- « sible à ses héritiers. » — COD. CIV. IT., art. 854: « La condizione, la quale « SECONDO LA MENTE DEL TESTATORE non fa che sospendere l'esecuzione « della disposizione, non impedisce che l'erede o il legatario abbiano un « diritto acquistato e trasmissibile ai proprii eredi anche prima della ve- « rificata condizione. »

condizionale, perchè l'esistenza immediata del diritto meno perfetto e la sospensione del diritto perfetto hanno luogo tanto nella disposizione condizionale quanto nella disposizione a termine (anche *certo*). — Intesa così la massima, per la quale il *dies incertus* non fa condizione allorquando riflette l'esecuzione, non è dunque giustificata in modo alcuno, checchè altri pensi in proposito.

b) Il testatore, apponendo il termine incerto, ha voluto che non fosse dal medesimo sospesa la TRASMISSIBILITÀ del diritto, ma soltanto l'*esecuzione*. Il diritto meno perfetto deve in questo caso, secondo la mente del testatore, esistere subito *col carattere della trasmissibilità* (§ 24), e il diritto perfetto quando giungerà il termine. Insomma il disponente ha voluto che, nonostante il termine incerto apposto, il *dies cedat* alla sua morte e *veniat* nel giorno stabilito, che il *dies incertus* non abbia l'effetto normale di spostare la *cessio diei*. — Noi riteniamo che questa volontà del testatore, contraria alla presunzione della legge, debba esser rispettata, ossia riteniamo che, intesa in tal guisa, sia giusta la massima, secondo la quale il *dies incertus* non fa condizione, o, più esattamente, non rende il lascito non trasmissibile, quando è apposto soltanto all'esecuzione (2).

(2) Dato che la regola *Dies incertus....* abbia vigore, come noi pensiamo, nel diritto moderno, è certo che l'art. 854 Cod. civ. it., imitato dall'articolo 1041 Cod. fr., deve, di fronte ad essa, avere il senso ora espresso nel testo. Quest'articolo è giustamente riconosciuto da tutti infelice nella forma. Molto migliore è il § 1761 del Progetto germanico (corrispondente ai nostri articoli 853 e 854 riuniti), il quale, posta la *regola* che la disposizione condizionale *non* fa sorgere alla morte del testatore un diritto *trasmissibile*, stabilisce poi, in modo non equivoco, questo principio generale: che, per altro, *qualunque disposizione condizionale* fa sorgere immediatamente un diritto *trasmissibile,* quando la *trasmissibilità* sia *voluta dal testatore* (vedi sopra § 27, n. 9). — Intorno ai criteri che debbono servire per constatare la volontà contraria alla presunzione della legge, vedi cit. sent. della CORTE D'APPELLO DI FIRENZE, nell'*Arch. giur.*, XLVI, p. 414, e le *Note,* pagg. 420 e 421, colle citazioni ivi contenute. Meritano specialmente di essere riportate le parole della ROTA FIORENTINA, *Cortonensis legati,* 20 Maii 1740 (decisione del FINETTI — in OMBROSI, *Thes. dec. Rotae florentinae,* t. I, p. 389): « Non « tamen quaecumque conjecturae sufficiunt ad hunc effectum », cioè a rendere trasmissibile il legato, cui sia apposto un termine incerto, « sed illae « solae, quae vi sua adhuc perstringant judicis intellectum, ut hic cogno- « scat rem aliter se habere non posse. »

Nell'*Archiv von* SEUFFERT, I, § 26², p. 275; II, § 316, p. 394; VII, § 277,

B) Ma il modo più comune e più pratico di intendere la suddetta formula è appunto quello, dal quale, come abbiamo visto, la massima in questione ha derivato l'origine sua, cioè: — Il *dies incertus* non fa condizione allorquando, NELLE PAROLE adoperate dal testatore, colpisce l'ESECUZIONE, e NON — come soglion dire — la SOSTANZA del lascito.

L'esempio recato nel paragrafo precedente « Lego centum Caio, « *quae ei dari volo* post mortem Sempronii » è il tipo della disapplicazione della regola *Dies incertus*.... fatta con questo criterio. E per questa strada, sull'esempio specialmente del POTHIER, si può dire che oggimai vadano tutti coloro, i quali non si spingono fino al punto di negare qualunque valore alla regola stessa (3).

---

p. 319 sono riportate alcune sentenze di tribunali tedeschi sopra questioni relative all'applicazione della regola *Dies incertus*.... Tali decisioni appaiono giuste nella sostanza, quantunque non siano da approvarsi totalmente le teorie accettate nella motivazione. Le questioni risolute si riferiscono tutte al legato *quum heres morietur* (*Vermächtniss auf dem Todesfall des Erben*).

(3) POTHIER, *Traité des testamens*, C. v, sect. II, § 1 : « Quoique le temps « apposé au legs doive certainement arriver, s'il est incertain quand il ar- « rivera, et s'il arrivera du vivant du légataire, il passe pour un temps in- « certain, et rend le legs conditionnel. Par exemple, si on a légué à Pierre « la somme de tant, *le jour que mourra Paul,* c'est un legs conditionnel « qui ne peut avoir aucun effect avant la mort de Paul; car quoiqu'il soit « certain que le jour de la mort de Paul viendra, il est incertain quand « ce jour viendra et s'il viendra du vivant du légataire. — Observez qu'on « doit faire une grande attention si le temps incertain est apposé à la dispo- « sition même, comme dans les exemples ci-dessus rapportés, auquel cas il « rend le legs conditionnel; mais il en est autrement, si le temps n'est « apposé que pour l'exécution du legs; par exemple si le testateur a dit: « *Je lègue une telle somme à Pierre, qui lui sera payée le jour qu'il* « *sera majeur,* ou *qui lui sera payée le jour que Paul mourra;* le legs « est pur et simple, et le droit en est acquis au légataire du jour de la « mort du testateur; car ces termes: *le jour qu'il sera majeur, le jour* « *que Paul mourra,* ne se réfèrent pas qu'à ceux-ci: *qui lui sera payée;* « ils ne concernent pas par conséquent la disposition même, mais seule- « ment l'exécution et le paiement qui s'en doit faire, et par conséquent ils « ne peuvent rendre conditionnelle la disposition; si donc le légataire meurt « auparavant, il ne laissera pas de transmettre à ses héritiers le droit qui « résulte, qui lui a eté acquis dès le jour du décès du testateur. » — Cf. MAASSEN, op. cit., *passim;* SCHEURL, op. cit., p. 344; BORGNA, op. cit., p. 36; DEMOLOMBE, FERRAROTTI (ll. cc. nella nota 5 al § 50); CORTE D'APPELLO DI NA-

Eppure è falsissima strada. Noi abbiamo dimostrato per quale equivoco è sorta siffatta teorica dalla interpretazione dei testi. La legge del Codice giustinianeo, nella quale si è creduto vedere un *dies incertus* apposto alla esecuzione, non contiene *dies incertus* affatto: poichè se in quel caso un termine incerto fosse apposto all'esecuzione, trattandosi, nell'ipotesi, di un *dies incertus an*, l'*esecuzione* del lascito non dovrebbe aver luogo, quando manchi l'*avvenimento*, che designa il termine: invece l'esecuzione, per quella legge, deve farsi in ogni caso, e precisamente deve farsi, quantunque l'*avvenimento sia mancato.*

Ma se questa teorica non ha la sua base nei testi [4], si regge forse in qualche modo sulla ragione? Non crediamo che si possa sostenere seriamente. Tanto se il testatore ha detto: « Lego a Pietro la tal somma, per il giorno in cui Paolo morrà », quanto se ha detto: « Lego a Pietro la tal somma, la quale gli sarà pagata il giorno, in cui Paolo morrà », la sostanza della disposizione è identica: il pagamento effettivo del legato dovrà aver luogo alla morte di Paolo. Nell'un caso e nell'altro, se si ammettesse la trasmissi-

---

POLI, 4 Febbraio 1870 (sent. cit. nella suddetta nota); COUR DE BRUXELLES, 25 Janvier 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 289).

Tutti questi autori ammettono in massima la regola *Dies incertus* (*quando*)..., sebbene la limitino poi irragionevolmente. A quelli invece, che negano assolutamente la regola, e dei quali ci siamo altrove occupati, è da aggiungersi WENDT, *Lehrb. der Pand.*, § 57, p. 151.

[4] Possiamo anzi dire che i testi romani sono assolutamente contrarii a tale teorica quando ripensiamo alla l. 40, § 2, D. *De cond. et dem.* XXXV, 1, (v. sopra P. I, § 16, p. 43). In essa infatti da LABEONE, da GIAVOLENO, e quindi da GIUSTINIANO, rigettandosi la opinione di OFILIO, viene stabilito che il *dies incertus*, anche non apposto immediatamente al legato, ma contemplato in separato discorso, come *dies solvendi*, ha pure effetto condizionale. Il ragionamento di LABEONE, sebbene alquanto oscuro, ci sembra si possa parafrasare così: — Il *dies incertus*, se è apposto alla esecuzione, se è *dies solvendi*, spiegherà sull'*esecuzione* stessa, sul pagamento, il suo effetto *condizionale*, ossia dovrà considerarsi come *conditio solvendi.* E siccome la *conditio*, che è indotta dal *dies incertus*, è la *conditio superviventiae* (del beneficato), e, nel caso, il *dies* è la *morte della madre del testatore*, non si eseguirà il pagamento, se non si verificherà la *premorienza della madre* (al beneficato): « nisi mater mea moritur, ne dato ». Se questa non si verifica, il legato dunque non si eseguisce, ossia non ha nessun effetto, rimane caducato. Il che vuol dire che il legato stesso è, anche nella sostanza sua, reso condizionale dal *dies incertus* (*solvendi*). —

bilità, potrebbe risentire un beneficio diretto una persona (l'erede di Pietro) diversa da quella nominata nel testamento: ciò essendo contrario al principio dell'*intuitus personae,* si deve presumere, fino a prova in contrario, che il testatore non abbia voluta la trasmissibilità [5]. Questa prova in contrario, ossia la prova che il testatore, nonostante la disposizione della legge, abbia eccezionalmente voluta la trasmissibilità del legato, potrà forse dedursi dalla piccola diversità della espressione adoperata nel secondo caso, in confronto del primo? La risposta negativa non può esser dubbia, nè deve, una volta così posto il problema, esser dubbia, nemmeno per coloro, che sull'equivoco dei testi hanno fondata la falsa teoria, senza curarsi poi soverchiamente di rendersene adeguata ragione.

Del resto la dottrina da noi sostenuta è quella che ha prevalso nella pratica del diritto comune. I nostri antichi giureconsulti, siano commentatori, siano consulenti, trattatisti o decidenti, come non posero mai in dubbio che il termine incerto, nei testamenti, faccia condizione, così, con quasi unanime voce, affermarono sempre che il *dies incertus* (e particolarmente il *dies mortis gravati vel tertii*) *facit conditionem, etiam si apponatur soli executioni seu praestationi* (*non etiam substantiae*) *legati* [6], intendendo così principalmente di rigettare l'analogia, che qualcuno avrebbe voluto pur trarre dal caso del *dies aetatis* contemplato nella costituzione dell'imperatore Alessandro [7].

---

(5) V. sopra P. II, § 37.

(6) Gli antichi interpreti fondavano questa massima non già sopra ragionamenti critici, ma sull'autorità della l. 40, § 2, D. *De cond.* V. sopra n. 4.

(7) GLOSSA, in l. *Seius Saturninus* 46 D. *Ad senatusc. Treb.* XXXVI, 1; BALDO, *Commentaria* ad l. *si cui legetur* 49 *De legatis I;* GIASONE, *Commertaria* ad dict. leg. § *Hoc autem; Mansi Consult.* 119 (t. II), n.° 15; RUINO, Lib. II, Cons. 84, n.i 4 e 5; NOALIS, *De transmissione fideicommissorum et legatorum,* cas. III, n.i 5 e 6; DE LUCA, *De legatis,* disc. III, n.° 6 segg.; CASTILLO, *De conjecturis et interpret. ultim. volunt.*, in *Quotid. controv.*, t. IV, c. LVI, n.° 71; MANTICA, *De conjecturis ultim. volunt.*, lib. XI, tit. XX, n.° 3; PEREGRINO, *De fideicommissis,* art. XXXI, n.i 11 e 19; DE BARRY, *De successionibus,* lib. XII (*De transmissionibus*), tit. III; CAMARELA, *De legatis,* lib. XII, tit. *De legatis in diem certum vel incertum transmittendis,* n.° 8; SAMINIATI, *Controv.* 108; GALGANETTI, *De conditionibus et demonstrationibus,* P. II, cap, 6, quaest. 8, n.° 19; CRISPI, *Decis.* XXXVI (*Romana legati,* 3 februarii 1710). Importantissime sono, anche per questo riguardo,

Oggi invece la teorica opposta tenderebbe a prevalere: e la ragione di questo fatto, più che nell' essere finora mancata la dimostrazione dell' equivoco da noi rilevato, deve ricercarsi nella generale tendenza a restringere e combattere l'applicazione della regola *Dies incertus....* Cotale tendenza abbiamo notata, ed anche spiegata, fino dalla *Prefazione* di questo nostro scritto [8]: confidiamo di averla, nel seguito, dimostrata priva di qualunque fondamento legittimo e razionale.

---

le decisioni del CONSIGLIO REGIO NAPOLETANO e della ROTA FIORENTINA citate di sopra § 53 n. 7 e § 54 n. 2.

A titolo di saggio riportiamo le parole del CAMARELA: « Declara quan« doque dies adjectus non est omnino incertus, quia *an* futurus sit certum « est, sed *quando* incertum existet, veluti si testator dicat: *lego centum « Titio quando heres meus morietur.* Nemo dubitat heredem moriturum, « at quando id futurum sit nemo novit: propterea, si legatarius ante here« dem decesserit, nihil transmittere poterit ad heredem. Si vero supervixerit, « die adveniente cedit legati dies, et transmissibile fit.... Idem dicendum, si « dies ista incerta apponatur non in persona heredis, sed tertii; exemplum: « *lego centum Caio quando Titius morietur*, vel *post mortem Titii*, con« ditionale namque reputatur, et non transmittitur... — Iterum concludere « debemus quando dies iste incertus adijceretur NON SUBSTANTIAE LEGATI, « SED PRAESTATIONI SEU SOLUTIONI, quia praemoriente legatario vel fideicom« missario nihil transmitteret, quia tamquam conditionale habetur (GLOSSA « in l. *Seius Saturninus* ff. *ad Trebell.*, BALDUS in l. *Si cui legatur* ff. *De « leg.*). Exemplum: *lego centum Caio*, QUAE EI DARI VOLO *post mortem Titii* ».

Cf. la sentenza della CORTE D'APPELLO DI FIRENZE 24 febbraio 1890, e i relativi commenti (*Arch. giur.* XLVI, 406 segg.).

(8) Pag. VI.

FONTI

FONTI ANTIGIUSTINIANEE

Gaii Institutiones.

Ulpiani Liber singularis regularum.

FONTI GIUSTINIANEE

Institutiones.

Lib. II.

Tit. 14. *De heredibus instituendis.*

Tit. 20. *De legatis.*

Lib. III.

Tit. 15. *De verborum obligatione.*

Digesta.

Lib. VII.

Tit. 3. *Quando dies ususfructus legati cedat.*

Lib. XII.

Tit. 6. *De condictione indebiti.*

Lib. XXVIII.

Tit. 5. *De heredibus instituendis.*

Tit. 6. *De vulgari et pupillari substitutione.*

Codex.

CODICI MODERNI

INDICE

PARTE PRIMA

Interpretazione della dottrina romana sul *dies incertus*.

CAPITOLO I. — *Preliminari sul* dies incertus.

CAPITOLO II. — *La regola di Papiniano.*

CAPITOLO III. — *Il legato o fedecommesso relitto per il giorno della* morte del gravato.

Capitolo IV. — *Altri esempii testuali di disposizioni a termine incerto.*

Capitolo V. — *Il legato* quum ipse legatarius morietur.

PARTE SECONDA

Spiegazione razionale della dottrina romana sul *dies incertus*.

Sezione I. — Generalità.

Capitolo I. — *Importanza dell' argomento.*

Capitolo II. — *Considerazioni generali intorno alla natura ed agli effetti del* dies *e della* conditio.

Sezione II. — FONDAMENTO RAZIONALE DELLA DOTTRINA ROMANA SUL *dies incertus* NEI LEGATI.

CAPITOLO III. — *La* conditio *e il* dies certus *nei legati.*

CAPITOLO IV. — *Il* dies incertus *nei legati.*

Sezione III. — FONDAMENTO RAZIONALE DELLA DOTTRINA ROMANA SUL *dies incertus* NELLA ISTITUZIONE D'EREDE.

CAPITOLO V. — *Il* dies certus *e la* conditio *nella istituzione d'erede.*

CAPITOLO VI. — *Il* dies incertus *nella istituzione d'erede.*